Capitolo Sesto

ORIGINE E GIUSTIFICAZIONI DEL DOGMA DELL'EQUIVALENZA

Sommario. 1. Gli interpreti italiani e il fondamento politico del principio: disinteresse apparente e necessità di una spiegazione. - 2. Disposizioni del codice attuale sfavorevoli al dolo: fermezza e univocità di alcuni testi. - 3. I precedenti. - 4. Delitti e quasi delitti. Il declino e la scomparsa della classificazione. - 5. *Quantum respondeatur*: raffronto tra le norme vigenti e il codice del '65. - 6. La responsabilità senza colpa: un dibattito secolare e un punto di vista poco propizio al dolo. - 7. La visione analitica dell'illecito. Le categorie unitarie della colpevolezza. - 8. Motivi di carattere statistico.

1. È ormai giunto il momento di vedere in che modo i nostri interpreti giustifichino, nel campo della responsabilità civile, l'affermazione della parità fra colpa e dolo: e, per quanto la ragione suggerisce, sembrerebbe un'inchiesta destinata a ottenere abbastanza facilmente risultati e informazioni ben precise.

Già in astratto, non è infatti così ovvio il dato di un'assoluta parità di trattamento fra chi arreca la lesione per imprudenza e chi agisce con spirito malizioso [1]; ed è noto poi il divario di statuto che i due criteri hanno in tanti settori del diritto civile, in particolare nell'inadempimento delle obbligazioni, oltreché nel diritto penale: naturale anche attendersi in dottrina, dunque, un puntuale rendiconto dei motivi che, in materia di illecito aquiliano, imporrebbero una regola diversa.

Orbene, non si può dire che in concreto, e cioè nelle risposte degli autori, tali attese siano proprio soddisfatte: poiché tanto nella letteratura manualistica, come nelle opere specifiche sul torto, il corredo è di solito ridotto a un semplice richiamo nominale di questo

[1] Wright, *Cases on the law of torts,* cit., p. 2 (« It is one thing to hit a man intending to cause harm: it is something else again to make a person compensate another for harm which he did not intend »); Gregory, *Trespass to negligence to absolute liability,* cit., p. 360.

o quell'articolo del codice. Non soltanto si dimostra di ignorare l'eventualità di una colpa insufficiente a far sorgere l'obbligo risarcitorio; né ci si chiede se la regola è felice, indugiando nel cercarne anche i demeriti e metterli a confronto con i pregi; ma si trascura soprattutto di spiegare perché questa, non un'altra soluzione, sarebbe stata accolta dal legislatore. E solo approfondendo la ricerca, verso qualche singolo autore, nel passato, o presso la dottrina straniera, è possibile trovare chiarimenti — qualche passo, cioè, in cui un'ostilità verso il dolo emerge in modo aperto, e appare diffusamente argomentata.

Maggiori sono in genere gli spunti sul terreno del *quantum debeatur,* dove il contrasto è stato sempre più vivace; e non è forse azzardato immaginare che le certezze raggiunte in questo campo, rinsaldandosi nel corso della polemica, abbiano spento inconsciamente molti dubbi anche in merito all'*an respondeatur.* Certo è però che, pur sull'altro fronte, commenti e delucidazioni appaiono sempre più rari dopo l'entrata in vigore del codice del '42: quando, cioè, le stesse riserve sull'equivalenza si son ridotte a recriminazioni accorate contro il legislatore, o a platoniche invocazioni *de jure condendo.*

Un silenzio così profondo meraviglia, sospingendo il lettore a domandarsi com'esso è nato, e che cosa lo perpetui. Si può pensare, certo, che le ragioni di avversione per il dolo siano radicate così intimamente nella cultura giuridica, da far sembrare inutile ogni cenno; o si può credere che l'origine del dogma risalga a una stagione lontanissima, interessante ormai solo per lo storico; o immaginare che la possibilità di un risalto autonomo del dolo continui a presentarsi tanto povera di verosimiglianza ai nostri autori, ancor prima che pericolosa o negativa, da rendere superflua ai loro occhi qualunque iniziativa per combatterla. Così dicendo, e quand'anche s'indovini, la questione è tuttavia solo spostata: restando oscuro come mai quelle ragioni appaiano ovvie al punto da poter essere taciute, e perché, infine, un'ipotesi del genere sia ritenuta talmente poco seria per il nostro sistema di responsabilità.

2. Fra i motivi della laconicità degli studiosi, almeno alcuni sono individuabili senza troppe difficoltà: e il principale può forse ritrovarsi nella fermezza con cui, in talune norme, il legislatore sembra essersi pronunciato per la completa parità fra colpa e dolo.

Del tutto univoca, per l'*an respondeatur,* risuona infatti la for-

mula adottata nell'art. 2043: con quella congiunzione posta in mezzo ai predicati del primo sostantivo — « Qualunque fatto doloso o colposo... » — sul cui valore linguistico è difficile nutrire seri dubbi o esitazioni. La lettera è anzi tale da convincere non soltanto chi crede in quel principio, perché scorda gli illeciti di dolo o vuol battersi contro esiti del genere, ma chi è pur ricco di diverse conoscenze, e appare mosso proprio dall'intento di scovare per queste ultime figure un preciso supporto normativo; e conviene però sull'impossibilità di attribuire all'espressione « o » due significati contemporaneamente distinti, di equivalenza cioè e di disgiunzione: concludendo che la giustificazione del risarcimento di interessi per cui rilevano le modalità della lesione — e in particolare gli elementi soggettivi — debba cercarsi in sedi differenti da questa dell'art. 2043 [2].

Non meno netto, per il *quantum debeatur,* appare il testo dell'art. 2056, ovvero il fatto ch'esso non richiami — insieme agli artt. 1223, 1226 e 1227 — anche la norma per cui il danno imprevedibile non è dovuto nell'ipotesi di colpa (art. 1225): essendo quella un'evidente restrizione al principio del risarcimento integrale, l'omissione non è infatti interpretabile nel senso che tanto l'agente in colpa come quello in dolo sarebbero esonerati dall'obbligo di riparare i danni imprevedibili, ma può soltanto voler dire che questi ultimi vanno sempre ripagati al danneggiato [3]; non vi è dunque alcun margine di pregiudizio riversabile su questo o quel soggetto a seconda che vi sia o non vi sia dolo [4].

---

[2] CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 145. Sul punto anche ZICCARDI, *op. cit.,* p. 166.

[3] BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni,* cit., p. 355; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione,* cit., p. 23; MAIELLO, *Custodia e deposito,* cit., p. 173; GRECO, *Se un'associazione calcistica ha diritto a risarcimento del danno aquiliano per la perdita della sua squadra avvenuta durante un trasporto aereo,* in *Riv. dir. comm.,* 1951, I, p. 422 ss., 425; DISTASO, *Le obbligazioni,* cit., p. 440; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 141; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 557; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 550 e pp. 635-636; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 846; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia,* in *Riv. dir. civ.,* 1960, I, p. 485 ss.; S. DAVID, *Responsabilité civile et risque professionnel,* cit., p. 145; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 305; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 120; BRANCA, *Istituzioni,* cit., p. 585; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 655; RUFFOLO, *Il problema della responsabilità vicaria,* cit., p. 888.

[4] GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano,* I, cit., p. 226; DEKKERS, *Précis de droit civil belge,* II, cit., p. 119.

Non mancano in verità, su questo punto, posizioni anche diverse negli autori, ossia non mancano coloro che rilevano come il legislatore non poteva nemmeno menzionare nell'art. 2056 un articolo qual è il 1225 — e denunciano l'improprietà del voler trarre indicazioni di sorta dalla circostanza di quel mancato richiamo.

Così, si afferma intanto, per riguardo alla genesi stessa del regolamento, il quale mostra di esser stato modellato da Molineo e da Pothier soltanto in vista dell'inadempimento: e per sostituire con un mezzo meno empirico l'antica disciplina, sino ad allora vigente in quel settore, che si fondava sulla contrapposizione fra pregiudizi intrinseci ed estrinseci [5]. Poi per il fatto che nessuna spiegazione, fra tutte quelle offerte a questo limite, reggerebbe a un suo eventuale spostamento all'ambito aquiliano; non certo quella dell'accordo tacito fra le parti [6], e neanche l'altra, più recente e persuasiva, che nell'alleggerimento della posizione del debitore vede un riflesso, di tipo equitativo, dell'essere il comportamento di quest'ultimo « richiesto e assunto nell'interesse del creditore » [7]. Infine, e soprattutto, per la

[5] Su ciò, ampiamente, F. LEONE, *Nesso causale tra colpa e danno*, cit., p. 593 ss., specialmente p. 605.

[6] Così BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, I, cit., p. 294 s.; MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, 6ª ed., Paris, V, 1868, p. 277; RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, cit., p. 145; VITALI, *Del danno*, cit., p. 125; CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni*, cit., p. 98, nota 26; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV, *Delle obbligazioni*, trad. it. sulla 3ª ed a cura di Bonfante-Pacchioni-Sraffa, Milano, 1915, § 2850, p. 553; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 242; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 207; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 295; DEGNI, *Sul nesso causale tra colpa e danno*, cit., p. 173; DEMOGUE, *Traité des obligations*, I, IV, cit., p. 121; L. RIPERT, *La réparation du préjudice*, cit., p. 182; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 220; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, cit., p. 983; VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., p. 56; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, II, cit., p. 216; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, III, cit., p. 510 (i quali però subito dopo — ivi, p. 522 ss. — concluderanno rilevando l'opportunità di un'abrogazione della norma, sì da rendere possibile la risarcibilità dei danni imprevedibili anche nell'ipotesi di inadempimento colposo; per questa stessa posizione, da noi, *retro*, Cap. I, nota 3).

[7] BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 308. Si vedano anche CARNELUTTI, *Appunti*, cit., p. 324; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*. Particolarmente critico verso il motivo della presunta volontà dei contraenti, FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 738 (il quale parla di « grettissime opinioni di un rancido dottrinalismo »). Meno aspri LAWSON,

considerazione del trovarsi la prevedibilità riferita, nell'art. 1225, non già al momento dell'inadempimento, bensì all'altro della nascita dell'obbligazione; a un tempo cioè per definizione mancante, o quantomeno privo di rilievo, in materia di illeciti [8], dove l'unica possibilità sarebbe quella di riferire la prevedibilità al momento della commissione del fatto dannoso: il che, peraltro, finirebbe per stravolgere il senso letterale dell'art. 1225, senza arricchire la materia del torto di un elemento gran che diverso rispetto a quello dell'immediatezza.

Anche così, tuttavia, anche negato cioè valore a quel silenzio, la conclusione raggiunta per il dolo è sempre quella dell'assenza di risalto, sotto il profilo dei danni imprevedibili. E comune, di lì in avanti, resta la strada che ancora si percorre, sino alla nuova e più ampia affermazione, concordemente svolta dagli autori, ossia quella dell'irrilevanza *generale* del dolo; irrilevanza, cioè, sempre sul terreno dell'ammontare del risarcimento, ma ormai estesa a ogni possibile profilo, anche diverso dal primo e già discusso [9].

Una strada percorsa senza pause, tra un rilievo, una domanda e una risposta: ossia dicendo come il solo modo per sfuggire al risultato dell'equivalenza, una volta scartata quella chiave, sarebbe trovarne una diversa; chiedendo, poi, se esista qualche articolo che, per questo o quel capitolo del danno, regoli il dolo in maniera indipendente; e rispondendo ch'essi mancano nel codice [10], dove spiccano semmai talune norme la cui lettura induce proprio a ribadire la conclusione dell'equivalenza.

Fra queste, lo stesso art. 2043, che, se non tratta del *quantum debeatur*, dispone tuttavia che tanto in caso di dolo, come in quello di colpa, dovrà sempre risarcirsi il danno ingiusto: e danno, viene allora commentato, sta qui a significare tutto il danno, o, comunque,

Negligence in the civil law, cit., p. 62; POPESCO-ALBOTA, *Le droit d'option*, Paris, 1933, p. 151.

[8] In tal senso, già FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 801; SCRIBANO, *Trattato della malafede*, cit., p. 378; P. ESMEN, *Trois problèmes de responsabilité civile*, cit., p. 335.

[9] BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 847; DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 107; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 117; VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 6. Nella letteratura meno recente, POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 600; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 295; CESAREO-CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 206; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 804.

[10] CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, cit., p. 360.

un certo ammontare di esso identico per entrambe le ipotesi [11]. Poi l'art. 1223 (2056), in cui manca bensì un accenno alla colpevolezza, ma dove appare anche previsto chiaramente che — purché conseguenze immediate e dirette del fatto — danno emergente e lucro cessante sono dovuti nella loro interezza: interezza già in caso d'imprudenza, si argomenta, oltreché in quello di dolo e di malizia [12]. Così ancora l'art. 1226, sulla valutazione del danno di entità incerta, l'art. 1227, 2° comma, sull'aggravamento del pregiudizio da parte della vittima, l'art. 2057, sulla liquidazione dei danni permanenti.

In senso opposto rimarrebbero soltanto l'art. 1227, 1° comma e l'art. 2055, 2° comma, col loro accenno alla « gravità della colpa » quale criterio per la distribuzione dei carichi nelle due ipotesi di concorso della vittima alla produzione del danno, e di corresponsabilità fra più autori di una lesione. Ma, dopo tante norme esaminate, e concordi nella stessa disciplina, il quadro pare troppo ben finito per far credere possibile un ritocco: e nel rilievo della particolarità dei casi, considerati da ciascuno degli articoli, si rinviene anzi l'ultimo sostegno per concludere trattarsi di eccezioni.

Del resto — e per tacere di alcune più estreme interpretazioni, come quella volta a riassorbire il dato della « gravità della colpa » nell'altro dell'« entità delle conseguenze », e a togliergli così valore autonomo [13] — viene osservato ancora come, nell'art. 1227, la gravità della colpa sia in fondo riferita all'offeso, non già all'autore del danno [14]: rispetto al quale non ha perciò importanza che vi sia stato

[11] PETTOELLO-MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui,* cit., p. 58. E ancor prima, RICCI, *Corso teorico pratico,* VI, cit., p. 123; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, cit., p. 314; CESAREO-CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 208; GABBA, *Nuove questioni di diritto civile,* I, 2, cit., p. 221; COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato,* cit., p. 196; COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 179; VENZI, *Note* a Pacifici-Mazzoni, Istituzioni, IV, 1, cit., p. 353; CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., p. 179; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* cit., p. 322; L. RIPERT, *La réparation du préjudice,* cit., p. 79; L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa,* II, cit., p. 103; DE PAGE, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 819; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* cit., p. 492.

[12] DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 250, nota 139. V. anche FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 27, nota 15.

[13] Si vedano gli autori richiamati *retro,* Cap. II, nota 20, ai quali può essere aggiunto VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti,* cit., p. 46.

[14] DE CUPIS, *Il problema giuridico del « quantum respondeatur »*, cit., p. 518.

questo o quel tipo di colpevolezza. Quanto all'art. 2055, si aggiunge, a parte la considerazione dell'esser lì la gravità della colpa solo un criterio per la ripartizione dell'obbligo fra i corresponsabili, senza riflessi per il danneggiato, v'è ancora un dato da tener presente nel valutare l'atteggiamento del legislatore, e che sminuisce il significato della deroga [15]: ossia l'ultimo comma dell'articolo, secondo il quale « nel dubbio le singole colpe si presumono uguali ».

3. Volgersi ai precedenti di queste disposizioni, quali risultano dai codici, e dall'interpretazione giurisprudenziale e dottrinaria, significa poi trovarsi innanzi ad una serie ininterrotta di conferme; il rilievo della continuità fra passato e presente, nella disciplina del dolo e sul punto della sua equivalenza con la colpa, viene a saldarsi così al primo motivo, offerto dalla lettera delle normi vigenti: diminuendo ulteriormente, negli autori, sia i dubbi intorno al fondamento del principio, sia le spinte a ritrovarne le ragioni sostanziali e a darne conto.

Una prima riprova, in questo campo, giunge intanto dal confronto con il testo del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, del 1927: e ad offrirla, in particolare, è il 1° comma dell'art. 74, ove è scritto che « qualunque fatto colposo » comporta per l'autore l'obbligo al risarcimento. Indirettamente, il principio è riaffermato anche nel resto della sezione dedicata agli atti illeciti, dove non esiste alcuna norma che distingua fra malizia ed imprudenza: e si fa anzi rimarcare come, nel regolare l'abuso del diritto, e cioè una figura abitualmente ricondotta dalla dottrina sotto il segno dell'*animus nocendi,* il Progetto si sia scostato dalla tradizione proprio negando rilevanza al dolo. La dizione dell'art. 74, 2° comma è infatti nel senso che debba rispondere « colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto »: buona fede e scopo che, in tale contesto, non sono evidentemente considerati e non valgono come buona fede in senso soggettivo, e come scopo in senso psicologico.

Altre conferme, d'importanza anche maggiore, giungono poi dal codice italiano del 1865 e dal *code Napoléon:* e a fornirle per primo è ancora il fatto che in nessun articolo sulla responsabilità extracon-

[15] Così CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile,* cit., p. 201.

trattuale, tra quelli accolti e previsti nei due codici, vi sia anche soltanto un accenno al dolo. Le due formule fondamentali al riguardo — di identico contenuto, dato che il nostro legislatore si è qui limitato a tradurre gli artt. 1382-1383 del codice francese — prevedono infatti che « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno », e subito dopo che « ognuno è responsabile del danno che ha cagionato ad altri non soltanto per fatto proprio, ma anche per propria negligenza e imprudenza » (art. 1151 e 1152).

Manca qui, è vero, l'elemento che entrerà poi nell'art. 2043 del codice del 1942, e cioè un'espressa parificazione fra dolo e colpa, ma la dottrina del tempo ha pur finito per trovare, nella coppia dei due articoli, una formale previsione della regola; così appunto, si ricorda, è terminato il dibattito sul tema dell'autonomia e del rapporto fra art. 1382 e art. 1383: rapporto e autonomia non facilmente identificabili, a prima vista, dato il riferirsi dell'una norma alla colpa, dell'altra all'imprudenza e negligenza, e cioè di entrambe, in definitiva, allo stesso fatto giuridico.

Vi è infatti chi all'inizio ha sostenuto l'inutilità dell'art. 1383, il quale nulla aggiungerebbe alla norma precedente, suggerendo di tenerlo per non scritto [16]: proposta non accolta, tuttavia, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, entrambe riluttanti ad ammettere che il legislatore abbia potuto ripetersi così da vicino e così banalmente [17]. Si è perciò detto, non senza fatica, che l'art. 1383 vuol sanzionare anche la *culpa laevissima*, e che in ciò starebbe la sua originalità rispetto all'art. 1382 [18]; tesi anch'essa però subito caduta per chi, come la maggioranza degli autori, ritiene non più operante nel diritto moderno, se mai lo è stata per il diritto romano, la regola secondo cui « *in lege Aquilia et laevissima culpa venit* ». Altri hanno ancora pensato di assegnare all'art. 1382 la previsione dei fatti positivi, e all'articolo 1383 quella delle omissioni [19], ma si è potuto facilmente repli-

---

[16] MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, V, cit., p. 275.

[17] LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 384, p. 309; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 46. Ma la pratica avrebbe finito per dar ragione a Marcadé: cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 349 (« ... dans la pratique on ne cite plus guère l'art. 1383 »).

[18] LAURENT, *op. loc. ult. cit.;* v. anche SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 616; e poi BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 460.

[19] Così DURANTON, *Cours de droit français*, 4ª ed., Bruxelles, VII, 1841, § 712, p. 508; RICCI, *Corso teorico pratico*, cit., VI, 1886, p. 118. Ma già

care come l'imprudenza di cui all'art. 1383 sia tutt'altro che incompatibile con l'idea di un comportamento attivo; senza contare poi che un'omissione può ben essere intenzionale, ciò che la estrania al secondo dei due articoli, il quale parla di sola negligenza [20].

Si sono allora inseriti nella discussione i partigiani della responsabilità senza colpa; osservando come l'art. 1382 parli puramente e semplicemente di un « fatto », senza accompagnarvi specificazioni di sorta [21], e rilevando come anche nel testo dell'art. 1383 la contrapposizione sia sempre tracciata tra un fatto, da un lato, e una negligenza e imprudenza, dall'altro: la conclusione è perciò stata che l'art. 1382 contenga un'ammissione generale di responsabilità oggettiva [22], mentre l'art. 1383 sarebbe il testo della responsabilità fondata sulla colpa [23].

PROUDHON, *Usufrutto*, II, cit., pp. 13-14. Si vedano anche FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 472; ORLANDO-CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, cit., p. 28.

[20] Così già MARCADÉ, *Explication de Code Napoléon*, V, cit., p. 278; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, cit., § 470, p. 405 e § 479, p. 414 ss.; DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, XXXIX, p. 326, n. 170. Successivamente, HUDELOT-METMAN, *Des obligations*, cit., p. 200. Fra i nostri autori, GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 215; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 230; FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », in *Nuovo dig. it.*, Torino, VI, 1938, p. 657 ss.

[21] SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit., pp. 42-65; e in seguito BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile*, cit., nº 11; BOUILLENNE, *La responsabilité civile devant l'évolution du droit*, cit., p. 159.

[22] SALEILLES, *Les accidents du travail*, cit., pp. 42-74, specialmente p. 65; L. MICHEL, *Responsabilité civile des patrons envers les ouvriers*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1901, pp. 605-607; DESCOUST, *Variations sur un thème ancien: l'art. 1386*, in *Gaz. Pal.*, 1er sem., 1938, *Doctr.*, pp. 17-18. Si vedano anche, in vario modo, TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., p. 151; G. RIPERT, *De l'exercice du droit de proprieté*, cit., p. 325; HAURIOU, *Note*, in *Sirey*, 1900, 3, p. 1 ss.; JOSSERAND, *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, cit., p. 74 ss.; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, cit., p. 312 ss. Da noi, in generale, VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 55 ss.; CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, in *Scuola posit.*, 1895, pp. 349-350; ATZERI-VACCA, *Considerazioni storico-giuridiche sul risarcimento dei danni cagionati senza colpa*, Cagliari, 1894; N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, p. 188 ss.; MINOZZI, *Responsabilità e colpa*, nel vol. *Pel cinquantesimo anniversario di insegnamento di F. Pepere*, Napoli, 1900, pp. 394-412; BUTERA, *Osservazioni sul danno incolpevole*, in *Giur. it.*, 1918, I, c. 991 ss.

[23] Più eclettica la sistemazione di DUFFAU-LAGAROSSE, *Du droit aux dom-

Ma ecco, a questo punto, la reazione dei sostenitori del principio della colpa [24]: essi hanno intanto iniziato contestando, sulla scorta dei lavori preparatori del *code Napoléon* [25] e di tutta la tradizione giuridica, che la *faute* di cui parla l'art. 1382 — « ... *celui par la faute du quel il est arrivé...* » — possa mai intendersi come criterio di semplice collegamento materiale tra fatto e responsabile [26]; e rimarcato poi come l'art. 1383, nel dichiarare che si è responsabili *non soltanto* del proprio fatto, *ma anche* della propria imprudenza e negligenza, postuli espressamente queste ultime come un *minus* rispetto al *maius* che, nel primo termine, è identificato col fatto [27]. Tale gerarchia non può spiegarsi allora che in un modo, ossia intendendo per fatto l'azio-

---

mages-interêts dans le louage de service, in *Rev. crit. législ. jurispr.,* 1899, p. 507 ss., secondo il quale nella coppia degli artt. 1382-1383 rientrava contemporaneamente una previsione di responsabilità per colpa e senza colpa (questa seconda per la materia degli infortuni sul lavoro).

A una lettura in senso obiettivo dell'art. 1384, 1° comma — responsabilità per fatto altrui o per il danno arrecato dalle cose in custodia — aveva invece invitato LABBÉ, *Note,* in *Sirey,* 1871, 1, p. 19; e dovevano in seguito insistervi JOSSERAND, *Note,* in *Dalloz,* 1897, I, p. 437 e SALEILLES, *op. loc. ult. cit.*

[24] LAURENT, *Principi,* XX, cit., § 384, p. 309; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.,* § 2856, p. 563; CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni,* cit., p. 95; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* VI, cit., p. 374, nota 10. In precedenza, MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon* V, cit., p. 275; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 605. Si vedano anche GENY, *Risques et responsabilité,* cit., p. 846; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 239, nota 1; CESAREO-CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., pp. 87-123; FUZIER-HERMAN, *Code civil,* cit., p. 540. Particolarmente categorico, PLANIOL, *Étude sur la responsabilité civile,* in *Rev. crit. législ. jurispr.,* 1905, p. 279.

[25] Il passo più frequentemente richiamato è quello tratto dal discorso che Tarrible aveva pronunciato il 9 febbraio 1804 dinanzi al Corpo legislativo francese: « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un: s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est alors plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation » (in FENET, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code civil,* XIII, rist. sull'ediz. del 1827, Osnabrück, 1968, p. 488).

[26] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* XXXI, cit., p. 452; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 36; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 240, in nota; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 452; BICHOT, *L'autonomie de la responsabilité,* cit., p. 10; POPESCO-ALBOTA, *Le droit d'option,* cit., p. 37 s.

[27] DEMOGUE, *Traité des obligations,* cit., 1, III, 1923, p. 367.

ne intenzionale [28]: è il dolo, infatti, che costituisce da sempre il *maius* della colpa, come stato antigiuridico più grave di quest'ultima [29].

Orbene, si osserva allora, una lettura del genere — che è poi quella destinata ad affermarsi presso tutti gli interpreti del tempo — non corrisponde forse esattamente al riconoscimento di una previsione testuale del principio di equivalenza? Certamente sì, e in modo ben più limpido rispetto alle proposte antecedenti: all'illecito doloso è stata assegnata una certa sede legale, quello colposo è rimesso a un altro articolo, ma la sanzione prevista per l'agente è sempre l'obbligo di rifondere l'offeso [30]. Non c'è allora ragione di mantenere una coppia di norme per figure che, diverse in un dettaglio anche importante, sono però uguali in tutto il resto, e danno luogo a conseguenze identiche [31]; e infatti, prima gli autori del Progetto del 1927, poi il legislatore italiano del '42, s'indurranno a riunire quei due articoli in un'unica disposizione generale: ove saranno distinti verbalmente, seppure trattati nello stesso modo, i soli dati per cui le norme del passato sembravano differenziarsi l'una dall'altra.

4. Non diverse, del resto, le vicende della classificazione intitolata ai « delitti e quasi-delitti »; di quella che il legislatore francese ha cioè posto come rubrica del capo II, tit. III, del 3° libro del *code*

---

[28] VIGNALI, *Commentario del codice civile italiano,* IV, cit., p. 633; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 743; HÉMARD, *Droit civil,* II, cit., p. 119. Recentemente P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 642; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 109 e p. 162. Si vedano anche DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni,* cit., p. 766; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 453; CARBONNIER, *Obligations,* cit., p. 362.

[29] In tal senso, per tutti, H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 57 e pp. 443-444, i quali documentano come in Domat il termine « fait » sia spesso impiegato come semplice abbreviazione di « fait illicite », il quale viene poi sempre contrapposto alla « faute d'imprudence ».

Si ammette, d'altra parte, che i redattori del code civil avrebbero dovuto scrivere non già « ... celui par la faute duquel *il* est arrivé à le réparer », ma « celui par la faute duquel le dommage est arrivé à réparer le dommage », giacché *il* e *le* non possono riguardare grammaticalmente che « tout fait » e non « un dommage »: ma, si conclude, « si elle est moins correcte, la rédaction choisie est plus élégante et tout aussi claire » (H. e L. MAZEAUD e TUNC, *op. cit.,* p. 443).

[30] Così già MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon,* V, cit., p. 275; FREY, *Lehrbuch des französischen Civilrechts,* Mannheim, III, 1840, p. 164.

[31] HÉMARD, *Droit civil,* II, cit., p. 115; BOUILLENNE, *La responsabilité civile,* cit., p. 155.

civil, e cui il legislatore italiano ha parimenti dedicato la sez. III, capo I, tit. IV, del 3° libro del codice del '65: entrambi facendone lo specchio per tutti i fatti dannosi capaci di dar luogo a un'affermazione di responsabilità extracontrattuale.

Non diverse, si precisa, e forse anzi più loquaci ed istruttive, data la più diretta presenza nominale che, almeno nell'interpretazione dottrinaria, il dolo si è qui fatto riconoscere. E infatti, abbandonate alcune prime soluzioni — come quella volta a identificare nel delitto il fatto illecito proprio, e nel quasi-delitto il fatto altrui, imputato dalla legge[32] — la generalità degli scrittori ha poi trovato, nel ritorno alle formule più classiche, un accordo circa il senso di quei termini: delitto, si ripete allora con Domat e con Pothier, è il fatto doloso che cagiona danno ad altri[33], quasi-delitto il fatto soltanto colposo[34]. La

[32] FREY, *Lehrbuch des französischen Civilrechts,* III, cit., p. 163 e p. 166; ZACHARIE-CROME, *Manuale,* II, cit., p. 762; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., pp. 569-570. Assimilava al quasi-delitto la responsabilità per fatto altrui, ZACHARIAE, *Cours de droit civil français,* trad. franc. dalla 5ª ed. ted. (1839) di Aubry e Rau, 2ª ed., Bruxelles, II, 1850, p. 95; così anche PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni,* IV, cit., p. 228. In senso critico verso queste letture, esplicitamente, DEMOLOMBE, *op. cit.,* XXXI, p. 392.

[33] PROUDHON, *Usufrutto,* cit., II, p. 11; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 417; ROUSSIN, *Des délits et de quasi-délits au point de vue de la réparation civile,* Dijon, 1869, pp. 66-67; ZACHARIAE, *Cours de droit civil français,* II, cit., p. 92; DELVINCOURT, *Cours de code civil,* Bruxelles, VIII, 1827, p. 451; DURANTON, *Cours de droit français,* cit., VII, p. 504; MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon,* V, cit., p. 273; DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique,* cit., XV, 1849, p. 315; AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* IV, cit., p. 745; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile,* cit., p. 12; LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 384, p. 308; HUC, *Commentaire théorique et pratique,* VIII, cit., p. 533; RICCI, *Corso teorico pratico,* cit., VI, 1880, p. 117; VIGNALI, *Commentario,* cit., IV, p. 632; MATTEI, *Codice civile,* cit., p. 124; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 742; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Trattato teorico pratico,* IV, cit., § 2850, p. 553; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., p. 1; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 43; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 6 e p. 76; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., p. 131; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 260; CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil,* 4ª ed., Paris, s. d., (ma 1921), p. 292; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., p. 367; CROUZEL, *Le prétendus délits et quasi-délits d'omission,* cit., 1922, p. 264; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* VI, cit., p. 372; LOMONACO, *Delle obbligazioni,* Napoli-Torino, I, 1924, p. 291; HUDELOT-METMAN, *Des obligations,* cit., p. 198; AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat,* cit., p. 99 ss.; N. STOLFI, *Le obbligazioni,* cit., pp. 242-243; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni,* IV, 1, cit., p. 219; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français,*

differenza fra il giureconsulto di Clermond-Ferrand e quello di Orléans è dell'aver l'uno allargato il quasi-delitto sino al confine della *culpa laevis,* mentre l'altro vi ha ricompreso la sola colpa grave: ma è una sfumatura che non impedisce a nessuno di citare sempre anche il secondo, come fonte, benché sia quella del primo dei due autori la formula che alfine ha trionfato[35].

Non si ignora, beninteso, di esser fuori in questo modo dal diritto romano, dove l'esemplificazione dei delitti e l'elenco dei quasi-delitti — quali risultano dalle Istituzioni giustinianee[36] — smentiscono a prima vista esser stato quello il criterio discretivo originario[37]; ma intanto, la differenza sembra aver acquistato, con la chia-

II, cit., p. 210; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 804; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* cit., p. 298; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti,* cit., p. 121, nota 1; ORLANDO-CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa,* cit., p. 28, nota 55; Van RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* cit., p. 108; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français,* II, cit., p. 199; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., p. 347; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 5; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 464; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 168; CHABAS, *De l'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation,* cit., p. 94, nota 34; PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* cit., p. 77.

[34] SOURDAT, *Traité,* cit., I, p. 599; PROUDHON, *op. cit.,* II, p. 11; AUBRY e RAU, *op. cit.,* IV, p. 754 s.; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 260 e p. 263 ss.; BRUNETTI, *op. loc. ult. cit.*; ROUSSIN, *op. loc. ult. cit.*; WILLEMS, *op. loc. ult. cit.;* LAURENT, *op. loc. ult. cit.;* FERRINI, *op. loc. ult. cit.;* SALEILLES, *L'obligation,* cit., p. 356; DELVINCOURT, *op. cit.,* p. 451; MATTEI, *op. loc. ult. cit.,* p. 125; MARCADÉ, *op. loc. ult. cit.;* DURANTON, *op. loc. ult. cit.;* HUC, *op. loc. ult. cit.;* BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.,* § 2852, p. 554; ZACHARIAE, *op. cit.,* II, p. 94; RICCI, *op. loc. ult. cit.;* VIGNALI, *op. loc. ult. cit.;* CHIRONI, *op. loc. ult. cit.;* CESAREO CONSOLO, *op. cit.,* p. 6 e p. 76; DEMOGUE, *Obligations,* 1, III, cit., p. 409; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.,* p. 223; LOMONACO, *Delle obbligazioni,* I, cit., p. 293; CAPITANT, *Introduction,* cit., p. 293; N. STOLFI, *op. loc. ult. cit.;* JOSSERAND, *Cours,* cit., II, p. 211; VERGA, *op. loc. ult. cit.;* HUDELOT-METMAN, *op. loc. ult. cit.;* MINOZZI, *op. loc. ult. cit.;* COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *op. loc. ult. cit.;* PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.,* II, p. 348; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 5; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 476 ss.; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 168.

[35] Lo riconoscono esplicitamente PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 263, nota 1; BRUGI, *Il delitto civile,* cit., p. 350; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., p. 348; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 468.

[36] È sufficiente un rinvio a FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 727 ss.

[37] Cfr. AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* IV, cit., p. 748, nota 9; ZACHARIAE, *Cours de droit civil français,* II, cit., p. 92, nota 5; VENEZIAN,

rezza, una qualche ragion d'essere — maggiore di quella offerta dalla diversa genesi delle due figure nell'epoca classica, e che appare ormai ben poco significativa [38].

Orbene, osservano gli interpreti, anche questa volta, e cioè anche per i delitti e quasi-delitti, il declino inizia proprio col successo di un criterio imperniato sulla presenza o sull'assenza del dolo.

Al principio, la difficoltà è soltanto quella di rinvenire una conferma testuale della distinzione offerta da Domat e da Pothier, essendo incerto se le due figure abbiano ognuna una sede normativa, o se le varie disposizioni sull'illecito ne trattino invece congiuntamente [39]. Il dubbio cessa una volta interpretati l'art. 1382 cod. Nap. e l'art. 1151 cod. it. del '65 quali norme riferentisi al fatto doloso, e l'art. 1383 e 1152 come norme concernenti il danno colposo, giacché è facile concludere che nella prima di quelle disposizioni si trova regolato il delitto, nella seconda il quasi-delitto [40]. Solo che, a quel punto, occorre accorgersi dell'identità della sanzione comminata da ognuno degli articoli, e quindi della parità di trattamento cui sono assoggettati i due fenomeni: là dove è represso un delitto, sarebbe possibile colpire anche il quasi-delitto, senza differenze di sorta [41].

L'utilità del binomio, apparsa fino allora indiscutibile, diventa

Danno e risarcimento, cit., p. 21; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 264 (« Les Romains — precisa l'autore, volendo offrire con due esempi il senso del mutamento terminologico — traitaient comme un délit la *faute de la loi Aquilia,* dont nous faisons le quasi-délit moderne, et à l'inverse ils considéraient comme tenu ' quasi ex delicto ' le juge qui avait *fait le procès sien,* alors même qu'il avait rendu *sciemment* la sentence injuste; nous dirions aujourd'hui que ce juge commet un délit »). Più recentemente, COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *op. loc. ult. cit.;* P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 400; MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 5.

[38] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* XXXI, cit., p. 391; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 216; FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », cit., p. 670.

[39] In quest'ultimo senso, ad esempio, PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 264, nota 1, che assorbiva il delitto e il quasi-delitto nell'art. 1382 (e doveva essere perciò rimproverato di non esser riuscito più a trovare un significato all'art. 1383).

[40] VIGNALI, *Commentario,* IV, cit., p. 633; MORIN e CÉZAR-BRU, *La faute, le risque, l'abus du droit,* in *Ann. Fac. Aix,* 1906, p. 65; BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni,* cit., p. 35.

[41] LAURENT, *Principî,* XX, cit., § 384, p. 309; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 264; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* cit., p. 309; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* II, cit., p. 199. Ultimamente, DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 106; DEJEAN De La BATIE, *Appréciation in abstracto,* cit., p. 61, nota 159.

così ben presto incerta [42]: ed ecco infatti subito levarsi, da coloro che hanno fatto propria quella lettura, le prime voci favorevoli al suo abbandono [43]. Voci sempre più forti e convinte, con lo scorrere del tempo, che portano ormai qualche scrittore a servirsi di espressioni nuove e unitarie [44], e già provocano il mancato accoglimento di quella classificazione nel codice tedesco e in quello svizzero [45]: sinché prima i redattori del Progetto italo-francese del '27 si lasceranno persuadere

[42] WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile,* cit., p. 12; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 804; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 101; SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano,* Milano, 1924, p. 288; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 400.

[43] BRUGI, *Il delitto civile,* cit., p. 349; FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté,* IV, cit., p. 535. Sulla « finzione » come tecnica « prediletta » dei giuristi francesi — *presunzioni* di colpa e, appunto, *quasi*-delitti — SWOBODA, *Die Neugestaltung des bürgerlichen Rechts,* Brünn-Prag-Leipzig-Wien, 1935, p. 124; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht,* cit., p. 10; e già UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr,* Jena, 1893, p. 142; RANDA, *Die Schadenersatzpflicht,* cit., pp. 27-28. Frequente anche la constatazione dello scarso rispetto, da parte della giurisprudenza, per il valore di una terminologia pur correntemente adoperata: così, ad esempio, nell'uso del vocabolo « delitto » per i fatti colposi, o nell'impiego dell'espressione « quasi-delitto » per il dolo (richiami in AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 100, nota 24).

[44] Di « fatti illeciti » parla già, ad esempio, PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 260; e da noi, prima dell'avvento del codice del '42, PACCHIONI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 47. Di « atti illeciti », CAPITANT, *Introduction,* cit., p. 292; ASCOLI, *Istituzioni,* cit., p. 184; GIANTURCO, *Sistema,* I, cit., p. 226; BRUGI, *Il delitto civile,* cit., pp. 349-350; HÈMARD, *Droit civil,* II, cit., p. 114 ss.; A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni,* cit., p. 49; N. STOLFI, *Le obbligazioni,* cit., p. 244. Di « délit », in termini complessivi, ZACHARIAE-CROME, *Manuale,* II, cit., p. 750; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* cit., p. 199. Di « delict », MAASDORP, *op. cit., passim.* Di « faute » o di « faute délictuelle », PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., p. 348. Di « quasi-délits », unitariamente, DEKKERS, *Précis de droit civil belge,* II, cit., p. 116 ss.

[45] Nel BGB si parla di « unerlaubte Handlungen », nel CO di « atti illeciti ». Ma gli scrittori usavano già in precedenza il termine « Delikt » (« civilrechtliches Delikt », « Privatdelikt », « privatrechtliches Delikt ») per indicare contemporaneamente il fatto illecito colposo e doloso: cfr., ad esempio, STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts,* III, cit., p. 372 ss.; PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung,* cit., p. 28; DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Rechts,* II, *Das Obligationenrecht,* 3ª ed., Halle, 1882, p. 173; JUNG, *Delikt und Schadensverursachung,* Heidelberg, 1897; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts,* p. 33; LINCKELMANN, *Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB,* Berlin, 1897, p. 7; CROME, *System,* I, cit., p. 473; ZITELMANN,

a parlare di « atti illeciti », poi il legislatore del '42 sostituirà definitivamente il vecchio titolo con quello nuovo dedicato ai « fatti illeciti » [46].

Das Rechts des Bürgerlichen Gesetzbuches, I, cit., p. 152 e p. 165; v. LISZT, *Die Grenzgebiete,* cit., p. 26; ID., *Deliktsobligationen,* cit., p. 1 ss.; HASENÖHRL. *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., II, p. 141 ss.

L'abbandono di ogni distinzione in quei due codici fu subito guardata con favore dalla dottrina italiana e francese: per tutti, FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica,* cit., pp. 354-355, nota 1; BRUGI, *Il delitto civile,* cit., p. 350; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.,* § 2853, p. 555; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 217, nota 1; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 264; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1917, p. 287; VENZI, *Note* a Pacifici-Mazzoni, op. cit., p. 345.

Può essere curioso osservare che, in tal modo, tedeschi e svizzeri utilizzavano termini unitari per il fatto doloso e colposo tra i quali i rispettivi codici facevano differenze pratiche fondamentali, mentre in Francia e in Italia si manteneva una terminologia binaria per fatti che nei codici, almeno in generale, apparivano trattati nello stesso modo: si è già osservato, peraltro, come la distinzione delle rubriche francese e italiana fosse imperfetta e criticabile, dato che il delitto non era tanto il fatto represso a titolo di dolo, quanto il fatto doloso puro e semplice (*retro,* Cap. V, nota 9).

La terminologia codicistica non è comunque valsa a soppiantare, in Germania, il riferimento all'espressione « delitto » e ai suoi derivati, che appaiono anzi impiegati con frequenza maggiore rispetto a quanto accade non solo in Italia, ma nella stessa Francia. Si vedano, infatti, nei primi anni dopo l'entrata in vigore del BGB, BURCHARD, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 78; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 1046; SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht,* I, cit., p. 39; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch,* I, 2, cit., p. 634; v. THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,* II, 2, cit., p. 460. Successivamente, COSACK-MITTEIS, *Die Allgemeinen Lehren,* cit., p. 764; HECK, *Grundriss,* cit., p. 436; G. BOEHMER, *Einführung,* cit., p. 95; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung,* cit., p. 9; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 194. Di recente, ancora, REICHWEIN, *Über die Schuld im Recht,* Bern, 1943, p. 33; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 66; GÖRNER, nel vol. *Das Zivilrecht der deutschen demokratischen Republik - Schuldrecht. Besonderer Teil,* cit., p. 497; REHFELDT, *Einführung,* cit., p. 219; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,* 12ª ed., Berlin, 1960, p. 324; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 547. Ultimamente, DREES, in ERMAN, *Handkommentar,* cit., p. 1679; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *Kommentar,* cit., §§ 249-253, Bem. 1; ESSER, *Schuldrecht,* cit., II, p. 392; MEDICUS, *Bürgerliches Recht,* cit., p. 247.

[46] Per un sintetico riesame di questa evoluzione, e per qualche altro rilievo, P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique,* VI, *Obligations,* 1, cit., p. 694; DI BLASI, *Il libro delle Obbligazioni - Parte speciale,* cit., p. 766; TUCCI. *Responsabilità civile e danni ingiusti,* nel vol. *Diritto privato - Una ricerca per l'insegnamento,* a cura di Lipari, Bari, 1972, p. 426.

5. Non meno netta è la continuità che il principio dell'equivalenza mostra di poter vantare sul terreno della misura del risarcimento. Qui il punto è quello della diversità di trattamento, per la colpa, secondo il carattere contrattuale o extracontrattuale della responsabilità: e anch'esso allora trova subito riscontro nel Progetto del '27 (art. 99), nel codice italiano del '65 (art. 1228) e nel code Napoléon (art. 1150). È bensì vero che manca lì una norma qual è l'art. 2056 del codice vigente, e cioè una norma che abbia omesso apertamente di richiamare quella disciplina per la materia aquiliana. Ma, nella loro stragrande maggioranza, la dottrina e la giurisprudenza del tempo non hanno smesso mai di considerare il regolamento in questione come applicabile al solo caso di inadempimento di un'obbligazione preesistente [47]: forti in ciò, tra i molti elementi di ordine tecnico e storico, della circostanza che tutti quegli articoli, nello stabilire il momento in cui va calcolata la prevedibilità, alludano espressamente ad un « contratto » [48].

Né, per converso, il mutamento intervenuto con l'art. 1225 del codice del '42 — che parla ormai di « obbligazione », e non più di contratto — potrebbe intendersi come prova di una volontà di estendere quel limite anche all'ambito aquiliano. Esso si spiega in maniera elementare, e cioè con la coscienza, maturata nel legislatore del '42, di dover rimediare all'imperfezione delle formule anteriori [49]: stante l'applicabilità del regolamento in esame a tipi di obbligazioni anche diverse da quelle contrattuali, come quelle derivanti da quasi-contratto e, in generale, dalla legge [50].

E, in quei codici, v'è ancora una norma che appare significativa sul rapporto fra dolo e ammontare del risarcimento, ossia quella in

---

[47] V. gli autori citati *retro,* Cap. I, nota 3, ai quali possiamo aggiungere MARTEAU, *De la notion de la causalité,* cit., p. 21, 105, 215; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., p. 230; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1917, p. 283; BARONCEA, *Essai sur la faute et le fait du créancier,* Paris, 1930, p. 180; DE PAGE, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 820; DEKKERS, *Précis,* II, cit., p. 121; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 432; ID., in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* VI, 1, p. 664 e p. 968; DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 221.

[48] Così, in particolare, GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 220; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 379.

[49] Imperfezione già segnalata da POLACCO, *Le obbligazioni,* cit., p. 596; sulla sua orma, L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa,* II, cit., p. 99.

[50] BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni,* cit., p. 314; LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., p. 351.

cui è scritto espressamente che, anche là dove l'inadempimento è stato doloso, risarcibile sarà soltanto il danno immediato e diretto (art. 101 del Progetto del '27; art. 1229 del cod. it. del '65; art. 1151 del *code Napoléon*). Si tratta, questa volta, di una regola che la maggior parte degli interpreti, raccogliendo l'insegnamento di Molineo [51] e di Pothier, ha continuato a ritenere applicabile pure al campo dei fatti illeciti [52]: così che il dolo, già privo di risalto in relazione ai danni imprevedibili, dovuti anche in caso di colpa, mostra di non esser mai stato considerato meno irrilevante per quel che riguarda i danni indiretti, comunque irrisarcibili alla vittima [53].

[51] *Tractatus de eo quod interest*, cit., n. 139 (« ... et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc datum et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset, quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione »).

[52] DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, cit., p. 591 (sulla posizione di questo autore, v. però anche *retro*, Cap. I, nota 4); MARCADÉ, *Explication*, V, cit., p. 277; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 95; BORSARI, *Commentario*, III, 2, cit., pp. 339-340; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, p. 603; VITALI, *Del danno*, cit., p. 130; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 222; GABBA, *Nuove questioni*, I, 2, cit., p. 219; TILSCH, *Del nesso causale*, cit., p. 630; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice*, cit., p. 233; SCRIBANO, *Trattato della malafede*, cit., p. 385; ASQUINI, *La responsabilità del vettore*, cit., anche in *Scritti giuridici*, Padova, II, 1939, p. 98; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, I, cit., p. 411; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 133; L. RIPERT, *La réparation*, cit., p. 184 s.; VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., p. 63; DE PAGE, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 982; MARTY, *La relation de cause à effet*, cit., p. 702; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, II, cit., p. 216; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 383.

[53] L'equivalenza veniva del resto affermata, più o meno esplicitamente, anche da coloro i quali, negando l'applicabilità di quella norma al campo aquiliano, ritenevano tuttavia che anche le conseguenze mediate e indirette — purché effetto regolare e necessario del primo evento lesivo — andassero computate nel calcolo della responsabilità dell'agente (ad esempio, CROME, *Teorie fondamentali*, cit., p. 94, nota 6; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 353 e p. 371; N. STOLFI, *Le obbligazioni*, cit., p. 241; recentemente, DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 120); e identica era poi la conclusione di chi, pur ammessa l'estensibilità della norma dettata per l'inadempimento, negava però che l'espressione potesse esser presa alla lettera (*retro*, cap. III, nota 44). Non pochi autori facevano notare come, rifiutando l'estensione di quella disposizione al campo extracontrattuale, si sarebbe giunti ad ammettere la responsabilità del danneggiante in *colpa* anche per i danni indiretti, nei cui confronti veniva invece tenuto esente il debitore inadempiente in *dolo*: un'impostazione forse giustificata dalla collocazione dell'articolo in questione, ma

È bensì vero che anche qui si è poi assistito, con il codice del '42, a un cambiamento di espressione, non avendo l'art. 1223 (2056) più aggiunto la precisazione circa l'applicabilità del limite all'ipotesi di dolo. Ma pure questa soppressione va spiegata con la volontà dei compilatori del '42 di snellire una dizione un po' tortuosa, qual era quella delle norme precedenti: snellimento ottenuto eliminando il peso di una specificazione formale di cui, proprio per la mancanza di dubbi al riguardo, nessuno più sentiva l'esigenza [54].

6. Risulta dunque, dagli accenni sin qui svolti, come non manchino al dogma dell'equivalenza salde credenziali positive e numerose conferme del passato; e ben si spiega che, nel darne conto, la dottrina abbia modi sbrigativi, che si limiti cioè solo a ricordare su quali articoli la regola è fondabile: senza chiarire le ragioni di giustizia che l'avrebbero fatta accogliere dal legislatore, ed evitando di muoverle obiezioni o di esprimere riserve sul suo conto.

Di questa spiegazione, com'è ovvio, occorre poi non fraintendere il valore: immaginando, ad esempio, una dottrina prima affannata a interrogarsi sul problema del risalto del dolo nell'illecito, e perciò ricca di opinioni e di giudizi sopra ognuna delle varie soluzioni; e infine sempre pigramente taciturna, nel momento di rivolgersi al lettore, circa i motivi delle proprie preferenze, sol perché certa dell'esservi sul tema una perfetta copertura normativa.

Ciò può esser forse stato vero per qualcuno, e in ogni caso è difficile saperlo, ma per la grande maggioranza degli autori la spiegazione che dev'essere accettata, e che la stessa evidenza suggerisce, è certamente più semplice e diretta: prima ancora di sciogliere l'interprete dal dovere di offrire un resoconto, sopra argomenti ben noti e meditati, l'apparente fermezza di quei testi cancella in chi li scorre ogni incertezza, e insieme ad essa ogni ragione d'interesse a una ricerca sulla *ratio* del principio: dietro il silenzio che segue quei richiami, tranne qualche ispirazione soddisfatta o talune proteste rassegnate, non v'è cioè una segreta convinzione, ma solamente la tranquilla noncuranza verso un dato che appare troppo saldo per richiedere un'esplicita difesa.

non certo adatta a favorire una percezione della possibile rilevanza del dolo sotto il profilo delle conseguenze indirette.

[54] BRASIELLO, in *Commentario D'Amelio-Finzi, Le obbligazioni*, III, cit., p. 234.

Si aggiunga che, di tale atteggiamento, la nettezza delle formule di legge non è nemmeno la sola responsabile; altri elementi, fra loro assai diversi, hanno avuto e hanno parte nella vicenda: una parte meno importante, se si vuole, raramente avvertita o confessata, ma non certo per questo secondaria.

Fra essi, non può intanto trascurarsi una prima circostanza generale, qual è il fatto che, negli ultimi cent'anni, l'attenzione degli studiosi del torto sia rimasta così spesso concentrata, ed anzi pressoché immobilizzata, sul problema della responsabilità oggettiva e della sua ammissibilità [55]: che a trovarsi cioè impugnato e sostenuto, dei due classici attributi della colpa, sia stato proprio quello della necessità, opposto all'altro della sufficienza.

È evidente qual è il senso del richiamo e in che modo abbia giocato quel fattore: non è solo che il rilievo del problema e il favore con cui se n'è discusso abbiano intanto sottratto qualche autore allo studio di altri aspetti dell'illecito, tra cui lo stesso preso qui in esame; ma è che si è assunto soprattutto in questo modo — sul tema dei criteri di imputazione del danno — un punto di vista esclusivo e generale da cui, tanto per i seguaci della teoria del rischio, quanto per i fautori della colpa, ogni questione relativa al dolo, e l'idea di un suo risalto più di tutte, è rimasta poi sfocata ed appiattita [56].

Ai primi, infatti, fintantoché hanno insistito nel presentare il loro criterio come un altro « principio », e cioè quale solo e nuovo

[55] L'osservazione è stata fatta più volte: ad esempio, J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, cit., p. 986; SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 73; HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 744; KEETON, *Conditional fault*, cit., p. 402; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 207; TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 19; SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, cit., p. 128 s. Appena ieri, del resto, EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, cit., p. 11 ss.; SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 70 ss.; BAKER, *An eclipse of fault liability?*, in *Virg. law rev.*, 1954, p. 273 ss.; e ancor oggi P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 289; MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen*, cit., 1972, p. 35; PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, cit., p. 67. Su tutto ciò, DURAND, *Der heutige Stand der Privatrechtswissenschaft in Frankreich*, trad. di O. Nipperdey, in *Arch. civ. Prax.*, 1952-53, p. 1 ss., 9; da ultimo, acutamente, FLETCHER, *Fairness and utility in tort theory*, cit., p. 537 ss.

[56] Si veda appunto P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 400.

titolo ammissibile di responsabilità [57], è verosimilmente sembrato superfluo rendere manifeste nei confronti del dolo, sia pure in forma più severa, critiche da essi ritenute probanti già in relazione alla colpa; e quando invece, come in seguito è avvenuto, hanno preso soltanto a contestare il monopolio o il preteso carattere di « regolarità » del criterio tradizionale, gli illeciti di dolo sono subito apparsi gli alleati imprevisti, e tuttavia preziosi, di una medesima polemica comune [58].

Quanto ai secondi, la stessa estrema gravità di quell'attacco ha tolto il tempo per temere altre minacce, e tanto meno una presenza, quale questa del dolo, circoscritta entro limiti precisi e ideologicamente assai poco imbarazzante; senza contare il rischio per qualcuno di cominciare smarrendo addirittura, dietro l'influsso di quella discussione, gli stessi termini del problema specifico del dolo [59]: com'è il caso di chi infine concludeva non esser questa materia di controversie, non potendosi dubitare della risarcibilità di un pregiudizio

[57] Tra gli altri — e con la precisazione che la polemica frontale contro la colpa non si svolse, almeno all'inizio, sotto l'insegna esclusiva del « rischio » — VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 55 ss.; BINDING, *Die Normen*, cit., I, p. 120 ss. e p. 166; MATAJA, *Das Recht der Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Wien, 1888, p. 46 e p. 131; CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., pp. 349-350; TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., *passim*, e comunque p. 150; BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1898, p. 175; MICHEL, *La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers*, cit., pp. 15-18 dell'estratto; MAUCKA, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse*, Leipzig und Wien, 1904, *passim*; Julius v. GIERKE, *Grundfragen*, cit., p. 153 ss. Per qualche rilievo circa l'unilateralità di una tale impostazione, MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems*, cit., p. 32 ss.; v. CAEMMERER, *La responsabilité du fait de choses inanimées et le risque atomique*, in *Rev. int. droit comp.*, 1957, p. 673 ss., ora in *Gesammelte Schriften*, I, cit., p. 582 ss., 584; RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 69, nota 69. Ma si veda anche l'acuto bilancio di GENY, *Risques et responsabilité*, cit., p. 813. Recentemente, ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 83 ss.

[58] I nessi tra il ruolo svolto dall'affermazione dei criteri improntati al rischio, e quello esercitato dall'abuso del diritto — per quanto concerne l'incremento dell'area della responsabilità civile in quest'ultimo secolo — sono ben colti da GENY, *Risques et responsabilité*, cit., pp. 820-821; in seguito DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 380. Più recentemente, P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique*, VI, *Obligations*, 1, cit., p. 800; v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 454.

[59] Così, felicemente, DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 457.

arrecato intenzionalmente, visto che già era pacifico l'obbligo di riparare il danno prodotto per negligenza [60].

7. V'è poi un altro elemento che ha contato, svolgendo anzi un ruolo anche maggiore, e cioè il fatto che si siano spesso accolti, nell'ambito del torto, concetti o strumenti già inadatti per se stessi a consentire un'adeguata percezione delle *chances* del dolo, e che sovente l'hanno poi impedita; donde una nuova e tacita conferma, ma ancor più, una rassicurazione preventiva circa la verità del principio dell'equivalenza, e l'ulteriore venir meno di motivi per metterne le basi in discussione.

Non v'è dubbio, ad esempio, che ad offuscare lo spicco dell'ipotesi in esame abbia concorso non poco l'abitudine, da tempo invalsa presso gli studiosi, e ancor oggi largamente dominante, di provvedere alla descrizione dell'illecito usando i soli mezzi dell'analisi: presentandone cioè le varie componenti non già come parti di una realtà unitaria, qual è in effetti ogni lesione ingiusta, e funzionali alla sua definizione, ma come dati autonomi fra loro; ciascuno, volta a volta, contemplato ponendo gli altri elementi come fissi, e inquadrabile pertanto facilmente entro una forma chiusa e irrigidita [61].

Si afferma così che antigiuridico è il comportamento di quel soggetto che, senza poter vantare una posizione qualificata, abbia violato una situazione rilevante altrui, quando vi sia un nesso di causalità tra azione ed evento, e purché sussista il dato della colpevolezza; e si specifica, subito dopo, che situazione rilevante equivale però a diritto soggettivo assoluto, che per posizione qualificata deve intendersi quella coperta da una causa di giustificazione, che causale può dirsi esclusivamente un legame immediato, e così di seguito.

Son chiare le conseguenze di un'ottica del genere: per ogni fatto dannoso il giudizio risarcitorio viene a constare di tanti sotto-accertamenti, ciascuno col suo compito e il suo oggetto, e ognuno sufficiente

[60] RICCI, *Corso teorico pratico,* VI, cit., p. 117. Per qualche verso anche DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., p. 473, oppure MARSH, *Unerlaubte Handlung im englischen Recht,* in *RabelsZ,* 1955, p. 643 ss., 656.

[61] Si vedano, in particolare, SOURDAT, *Traité de la responsabilité,* I, cit., p. 458; GIANTURCO, *Sistema,* I, cit., p. 227; KRÜCKMANN, *Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre von der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz,* in *Jhering's Jahrbücher,* 1907, p. 428 ss., 443; RANDA, *Die Schadenersatzpflicht,* cit., p. 29; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 425.

ad impedire una conclusione sfavorevole all'autore: dal che la vanità di proseguire, dinanzi a una verifica mancata, nel controllo dei dati successivi.

Diventa così arduo riconoscere una possibilità che, in astratto, non si era forse inclini a rifiutare: quella, cioè, che la variazione di una delle componenti — quale emerge dal raffronto tra lo schema tipico e la situazione di fatto — venga ad essere bilanciata per il diverso atteggiarsi, in concreto, di uno degli altri elementi necessari; così da far concludere che, attraverso una combinazione differente, la fattispecie di responsabilità si è ugualmente realizzata.

Diventa cioè difficile accorgersi, in particolare, che non sempre l'accertata presenza di una causa di giustificazione, la scoperta che ad esser colpito è un diritto relativo, una posizione secondaria o un semplice interesse, il fatto dell'essersi il nesso causale rivelato indiretto, valgono ad assicurare automaticamente l'irresponsabilità del convenuto: potendo questi ben venire condannato al risarcimento, in certi casi, laddove risulti che il danno è stato arrecato di proposito.

Ed è ovvio, d'altra parte, che difformità, tra la struttura dei vari illeciti di dolo e il modello generale di confronto, debbano esservi in tutti quanti i casi, diremmo quasi per definizione: se non proprio in funzione della colpa, quel modello appare infatti costruito in guisa che la sola negligenza, oltre ad essere sempre necessaria, sia altresì normalmente sufficiente a far sorgere l'obbligo riparatorio. Perché ciò non accada — e si renda indispensabile la presenza di un elemento soggettivo diverso — occorre che uno almeno, degli altri fattori, sia venuto concretamente a mancare. Ecco dunque che l'adozione dell'accennata prospettiva finisce per schermare la visuale verso tutte le forme di possibile incidenza del dolo — quale che sia cioè, dello schema astratto, la variazione ch'esso intervenga effettivamente a compensare [62].

Non diversa, del resto, l'influenza di certe altre partizioni generali, ricorrenti nell'uso dottrinario, quali ad esempio la contrapposizione fra elementi soggettivi e oggettivi dell'illecito, o il binomio antigiuridicità e colpevolezza: dove si vede come, già nominalmente, la distinzione fra dolo e *culpa laevis* resti assorbita entro una singola categoria, e perda forma ed apparenza esterna; ciò che non rende poi

[62] Su questo punto, assai acuto DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 327.

di facile riscontro l'ipotesi in cui sia proprio il tipo di elemento soggettivo, di cui in pratica è accertata la presenza, a orientare anche il resto del giudizio e a decidere se esista o meno l'altro dato.

Tutte vedute in cui s'iscrive ulteriormente la consuetudine volta a ricomprendere ogni possibile sfumatura di colpevolezza, dalla *culpa laevissima* sino all'*animus nocendi*, sotto un'egida verbalmente unitaria, variamente intitolata poi alla *culpa* [63], o per altri alla « colpa in senso lato » [64], o, come nel lessico francese, ad una sola e amplissima *faute* [65] — assimilazioni tanto gradevoli sul piano descrittivo, quanto

---

[63] A favorire questa sistematica, giocò fors'anche il fatto che una norma come il § 1294 dell'ABGB — per decenni in vigore in alcuni territori italiani — dopo aver disposto che il danno poteva provenire da azione od omissione, che a cagionarlo potevano essere il dolo o la colpa, e dopo aver definito sommariamente questi due elementi, concludeva: « e l'uno e l'altro chiamasi colpa » (*Verschulden*). Si vedano ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 251 s.; NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 79 ss.; WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 591 ss.

[64] *Retro*, Cap. V, nota 59, cui *adde* GIANTURCO, *Sistema*, I, cit., p. 226; GIORGI, *Obbligazioni*. V, cit., p. 219 e p. 241; P. ESMEIN, *La faute et sa place*, cit., p. 484; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 435.

[65] L'appiattimento che il ricorso a quel termine genera tra colpa e dolo, è particolarmente visibile in autori come SALEILLES, *L'obligation*, cit., p. 361; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, I, cit., p. 167; BOUILLENNE, *La responsabilité civile*, cit., p. 160; DE PAGE, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 882 ss. Talvolta, la categoria unitaria della colpevolezza è quella di « négligence illicite », nella quale vengono incorporati sia il dolo che la colpa (così DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 283).

È noto poi come il vocabolo « faute » sia spesso utilizzato per denominare il fatto illecito nel suo complesso (PROUDHON, *Usufrutto*, cit., II, p. 12; CROUZEL, *Le prétendus délits et quasi-délits d'omission*, cit., 1923, p. 97; ID., *La responsabilité du fait des animaux et du fait des choses inanimées hors de la doctrine classique*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1925, p. 29; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 802), oppure come sinonimo di illiceità (DURANTON, *Cours de droit français*, VII, cit., p. 508; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, cit., p. 571; GOURDON, *La notion de cause de divorce*, cit., p. 571; chiaramente influenzato da questa sistematica era CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 7, il quale definiva la colpa come « lesione del diritto altrui imputabile all'agente »; v. anche MATTEI, *Codice civile*, IV, cit., p. 125), per cui si sostiene che l'atto illecito sia uno degli elementi della faute (così DELYANNIS, *La notion*, cit., *passim*; oppure MARCADÉ, *Explication*, V, cit., p. 275; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 126; CHARMONT, *Les transformations*, cit., p. 236; DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., p. 264; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, cit., p. 332; v. del resto TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 93; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 610; DALLOZ, *Répertoire*, cit., XXXIX, p. 309, n. 99). Ma se « l'idée de faute englobe tout », e dato

imprecise su quello sostanziale, data l'irriducibilità della colpa a realtà di tipo psicologico [66], e dunque l'intima diversità rispetto al dolo [67] —

---

che « le Code français confond le délit et le quasi-délit sous le nom générique de 'faute' dans les art. 1382 et 1383 » — osserva PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 264 — « c'est la lésion injuste qui entraîne l'obligation d'indemniser », onde « peu importe de quelle manière cette lésion a été causée ».

Sulla questione LIMPENS, *La faute et l'acte illicite en droit comparé*, in *Mélanges Dabin*, Paris, II, 1963, p. 723 ss., 726; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 373; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., pp. 36-37; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung*, cit., p. 16. V. anche SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht*, cit., p. 35; MILLNER, *Contrasts in contract and tort*, in *Curr. leg. probl.*, 1963, p. 68 ss., 85; AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsreche als « sonstige Rechte » im Sinne von § 823 Abs. I BGB. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom « sonstigen Recht »*, München, 1965, pp. 8-9; v. CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, cit., p. 336; ID., *Wandlungen*, cit., p. 476. Recentemente SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, cit., p. 127; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 359, nota 162; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 339; LANG, *Stundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht*, in *AcP*, 1974, p. 381 ss., 394; ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 145; KANETI, *Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en droit civil turc*, in *Rev. int. droit comp.*, 1972, p. 629 ss., 633.

[66] Così, invece, IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, cit., p. 20 s. e p. 54 ss.; LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., p. 20 ss., specialmente p. 23 (sui quali soprattutto DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 13, p. 35 ss., e p. 50). Così, ancora, ARNDTS, *Pandette*, I, cit., n. 151; PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung*, cit., p. 25, nota 78; UNGER, *System*, II, cit., p. 236; SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., p. 406 (v. però *ivi*, p. 411, nota 43); DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 158; WEYL, *System der Verschuldensbegriffe*, cit., p. 533; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts*, cit., p. 31; BURCHARD, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 78; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, cit., p. 481; ID., *Partie générale*, I, cit., p. 339; KRESS, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 326; BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, cit., p. 549; CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, p. 91; SALMOND, *Jurisprudence*, 9ª ed., London, 1937, p. 535. Più recentemente, GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, cit., p. 78; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 11; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 1; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 98; LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 371; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 259; DE CUPIS, *Problemi e tendenze attuali*, cit., p. 97; KANETI, *op. cit.*, p. 638; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 70 (« Schuld ist demnach ein Willensfehler... »). Si vedano inoltre i richiami offerti da HARPER e JAMES, *The law of torts*, cit., p. 896, nota 3.

Il riferimento alla volontà è frequentissimo nel linguaggio della nostra giurisprudenza, avvezza a servirsi di espressioni come quella secondo cui « la

frutti esse stesse, è ben vero, di una convinzione già acquisita circa la piena equivalenza dei due criteri, come in parte gli schemi di cui

---

responsabilità per colpa... si rapporta alla volontà dell'agente in modo negativo » (ad esempio, Cass. 27 novembre 1972, n. 3462, in *Giur. it., Rep.*, 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 35); innumerevoli anche le affermazioni secondo cui la colpa andrebbe intesa « quale atteggiamento psichico del soggetto » (Cass. 21 agosto 1972, n. 2697, *ivi,* 1972, voce cit., n. 37).

[67] Con diversi accenti, M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden,* cit., p. 18; MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie,* cit., pp. 109-110; GENY, *Risques et responsabilité,* cit., p. 838; TERRY, *Negligence,* cit., p. 40 (« Negligence is conduct, and not a state of mind »); EDGERTON, *Negligence, inadvertence and indifference,* cit., p. 860 s.; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 48 ss.; J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts,* cit., p. 777; POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 443; SCHREIER, *Faute et tort,* cit., p. 61; SACCO, *La buona fede,* cit., pp. 22-27; SCIALOJA, *Negozi giuridici,* cit., p. 345; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 27; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici,* cit., p. 44; MOLITOR, *Allgemeiner Teil,* cit., pp. 58-59; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico,* cit., p. 44; HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., II, p. 896 ss.; MARTY, *L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du Droit comparé,* in *Mélanges Maury,* Paris, II, 1960, p. 180; A. R. WHITE, *Carelessness, indifference and recklessness,* in *Mod. law rev.,* 1961, p. 592 ss., 593; HORN, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit,* cit., p. 122; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 20, nota 51 e p. 49; GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?,* cit., p. 10, testo e nota 41; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., pp. 389-390; PROSSER, *Handbook of the law of torts,* cit., p. 148 (« ... negligence is not carelessness, but behaviour which should be recognized as involving unreasonable danger to others »); SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 641; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni,* cit., p. 345; MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., pp. 18-19; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 24; MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen,* cit., 1971, p. 36 e p. 39; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 221 e p. 360; PENNEAU, *op. cit.,* p. 136 ss.; ZICCARDI, *op. cit.,* p. 194; BRETT, *Strict responsibility: possible solutions,* in *Mod. law rev.,* 1974, p. 417 ss., 431.

Non poche delle riserve verso i finalisti dipendono proprio dalla rilevata difficoltà per questi ultimi di rendere persuasive sul terreno della colpa le prospettive ontologistiche che hanno determinato il successo di quella teoria sul terreno del dolo. Cfr. anche i rilievi di MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 577, ove si chiarisce che, se un carattere psicologico dovesse esser mantenuto alla colpa, ciò non deriverebbe da profili o ragioni di carattere strutturale, ma semplicemente dal modo in cui deve attuarsi la relativa valutazione (e occorre però chiarire che in tal caso l'aspetto psicologico che si rivendica resterebbe comunque di tipo intellettivo, non certamente volitivo). Osserva poi MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 174, che « negligence and intention are only mutually exclusive concepts when both are understood as state of mind. In reference to the ' tort of negligence ', the word ' negligence ' is not descrip-

sopra, ma insieme cause del suo intatto permanere, nella misura in cui incidono in partenza sull'approccio degli interpreti ai fenomeni.

8. V'è poi un ultimo fattore da citare, fra tutti forse quello più importante, o almeno di maggiore suggestione. Capita spesso di cogliere in dottrina, talvolta più espliciti e diretti, altrove più sfumati e involontari, riferimenti di carattere statistico; con due diversi motivi che s'intrecciano: fiducia che i danni arrecati di proposito, nei contatti umani, siano ben rari [68], o di frequenza comunque trascurabile rispetto a quelli prodotti per negligenza o malgrado l'uso di ogni diligenza [69]; certezza dell'essere assai poche le situazioni in cui

---

tive of a state of mind, but of conduct which fails to meet a standard set by the law. In this sense, negligence and deliberateness are perfectly compatible » e « the paradox of ' intentional negligence ' is purely verbal » (analogamente, CHARLESWORTH, *On negligence,* cit., p. 8; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 52; ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 264; cfr. pure *Wilsher* v. *Adams,* 1967, in *Virg. law rev.,* 1968, p. 1653 s.; e già v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts,* cit., p. 31). Sui limiti entro cui si può parlare di una valutazione in astratto del dolo, DEJEAN De La BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto,* cit., p. 61.

In senso critico sull'uso del termine ' negligence ' come comprensivo di *negligence* in senso stretto e *intention,* cfr. soprattutto DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 456: anche ammettendo che « negligent and intentional wrongdoing are only two different forms of unreasonable conduct — osserva l'autore — this does not make the equivalent to each other even in torts », e d'altra parte « the use of ' negligence ' to cover intention can only apply, it at all, to cases where liability attaches equally to intentional or negligent conduct »; ma anche per questa zona dell'equivalenza, in effetti, « ... the courts still acknowledge a distinction in their use of these terms. Thus, in the case of personal injury, if intentional, it is the tort of assault and battery. If negligent and causing damage, is the tort of negligence » (così Lord Denning, in *Letang* v. *Cooper,* 1965, *ivi,* nota 14 b). Restano, prosegue Dias, i discorsi sulla difficoltà di provare il dolo, e sulla tendenza di ogni attore ad offrire la prova della colpa anche quando è stato vittima di un fatto doloso: « but difficulties of proof do not render the concepts identical and, in any case, the question cannot arise in cases other then those of liability equally for intention or negligence » (cfr. pure il *Restatement of torts,* cit., II, § 282, comment *c*).

[68] *Restatement of torts,* II, cit., § 436, p. 1178; MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 34; SAVATIER, *Le métamorphoses économiques et sociales,* I, cit., p. 350; S. DAVID, *Responsabilité civile et risque professionnel,* cit., p. 241; KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr,* cit., p. 3, nota 1; PARKER of WADDINGTON, *Compensation for accidents on the road,* in *Curr. leg. probl.,* 1965, p. 1 ss., 10.

[69] Così JOSSERAND, *Cours,* II, cit., p. 211; EDGERTON, *op. loc. ult. cit.;* DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 283; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità ci-*

il dolo spiegherebbe una propria efficacia giuridica, diversa da quella consueta della colpa [70].

Ben si comprende in quale direzione possa spingere la prima congettura, sull'infrequenza dei danni volontari: ritenuta di portata trascurabile già l'area virtuale del problema, viene a mancare per ciò stesso anche lo stimolo ad andare più a fondo di quest'ultimo.

Tanto maggiore è poi l'effetto esercitato dalla seconda delle due certezze, circa il totale degli illeciti di dolo. Anche su questo aspetto, tuttavia, non sarà il caso di indugiare lungamente: per quel che attiene all'esattezza del rilievo — e cioè sui dati che può offrire un censimento delle ipotesi di insufficienza della colpa — v'è soltanto da rinviare al secondo capitolo, ed è superfluo aggiungere un commento; più importante, semmai, è stabilire come mai tante di quelle figure siano sfuggite all'attenzione degli interpreti, e si tratta di un quesito cui, fra breve, cercheremo in effetti di rispondere.

Qui meritava porre in luce, intanto, i riflessi di una tale convinzione: riflessi che non possono esser stati se non quelli di una caduta d'interesse verso un riesame della *ratio* dell'equivalenza, e ciò non solo per chi era indifferente o poteva avversare quel principio — ed è venuto così a trovarsi privo del materiale su cui svolgere una critica — ma altresì per i fautori più convinti; chi condivide una certa soluzione sarà spronato a sostenerla apertamente solo nel caso in cui la veda minacciata, e, se all'oscuro di smentite e di eccezioni, riterrà invece superflua ogni difesa.

---

vile », cit., p. 640; LUPOI, *Il dolo*, cit., p. 229. Si vedano anche DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., p. 307; SEAVEY, *Negligence - Subjective or objective*, cit., p. 17; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 171, nota 15 (« Die Grösse des Schadens ist insofern von der Schuld des Schädigers abhängig, als die Möglichkeit zufälliger Schädigung bei der Wertermittlung einer Sache mehr berücksichtigt werden muss... als die Gefahr mutwilliger oder strafbarer Schädigung »); BESSONE, *Rapporto precontrattuale*, cit., p. 966, nota 6.

[70] PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 264; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 287; WIETÖLTHER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 15 e p. 48; Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts*, cit., p. 498; DEUTSCH, *Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft*, cit., p. 106.

CAPITOLO SETTIMO

L'OSTILITA' ALL'IDEA DI UNA RILEVANZA DEL DOLO

1. S'è anche detto tuttavia, all'inizio, come lo scarso interesse per il fondamento dell'equivalenza sia soprattutto un fenomeno recente; e come invece, risalendo indietro, alla letteratura dell'ottocento e dei secoli che precedono l'avvento delle codificazioni, la presentazione del principio risulti spesso accompagnata, nelle opere, da giustificazioni più esplicite e coscienti.

Possiamo prendere avvio dalle parole con cui Bertrand de Greuille, nel suo discorso del 6 febbraio 1803, dinanzi al Tribunato francese [1], commentava il fatto che negli artt. 1382 e 1383 di quel codice risultasse appunto chiamato alla riparazione anche l'autore negligente del danno, oltre a quello intenzionale e volontario. « On pourrait, au premier aspect, se demander — diceva allora l'oratore — si cette conséquence n'est pas trop exagerée, et s'il n'y a pas quelques injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur, et à laquelle son coeur et son intention sont absolument étranges. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public: c'est que la loi ne peut pas balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Partout où elle aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine, s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer: et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait. Tout ce qu'il a le droit d'exiger, c'est qu'on ne sévisse pas contre sa personne, c'est qu'on lui

---

[1] In FENET, *op. cit.*, XIII, p. 474.

conserve l'honneur, parce que les condemnations pénales ne peuvent atteindre que le crime, et qu'il ne peut exister que là ou l'intention de nuire est établie et reconnue. Mais ce n'est pas trop exiger de lui que l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires pour l'entière indemnité de ce qu'il a fait souffrir pour son peu de prudence ou son inattention... » [2].

Come si vede, il problema del livello di colpevolezza viene affrontato e risolto, innanzi tutto, in termini di valutazione comparativa da svolgersi tra due diverse e contrapposte posizioni. V'è un pregiudizio che è già stato posto in essere, né può ormai materialmente cancellarsi [3], sicché qualcuno deve sopportarlo: sacrificato — tranne casi eccezionali — non può esser se non uno dei soggetti tra cui la collisione ha avuto luogo [4], e si capisce l'interesse che ha ciascuno di

[2] Frequentissimi, presso i commentatori, anche i richiami ad un passaggio di DOMAT, *Le leggi civili*, trad. it., Napoli, IV, 1819, p. 373 (« Tutte le perdite e tutti i danni che possono accadere per fatto di alcuno, per imprudenza, per leggerezza, per ignoranza di ciò che si deve sapere, o per altre simili colpe lievissime, debbono essere riparati da quello, la cui imprudenza o altra colpa n'è stata ragione. Poiché ha sempre fatto danno, quando anche non avesse avuto intenzione di nuocere »), e ad un altro brano del già citato discorso di Tarrible, in FENET, *op. cit.*, XIII, pp. 487-488 (« Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève et répond que le dommage doit être réparé par son auteur »).

[3] Il punto appare oggi come ovvio (JAMES jr., *Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance*, in *Yale law rev.*, 1947-48, p. 549; GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 76; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 16; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 23; ROUTAMO, *What constitutes a traffic accident?*, cit., p. 151; ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, p. 296; e del resto già OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 41; FISCHER, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1903, p. 155; KOHLER, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 6ª ed. a cura di Oertmann e Honig, Leipzig, 1929, p. 95; Heinrich STOLL, *Schadenersatz und Unrecht*, in *Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, p. 144; NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden*, cit., p. 290), ma in passato non mancò chi vedeva il risarcimento come vera e propria ricostruzione fisica della situazione precedente al danno, almeno per la vittima (richiami in OERTMANN, *op. loc. ult. cit.*). Diversa, ad ogni modo, e simile a quella attualmente seguita — ossia consapevole della incancellabilità materiale dell'evento lesivo — ci pare la visione della maggioranza degli interpreti passati, e comunque dei compilatori del code Napoléon.

[4] DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, III, cit., p. 463.

uscire indenne e vittorioso nel conflitto; supposta la mancanza di una causa di giustificazione, la ragione esige allora che lo scarto, pur minimo, tra un'assoluta innocenza della vittima e una qualche negligenza di chi ha agito, debba bastare per porre su quest'ultimo le conseguenze sfavorevoli del fatto [5].

È giusto, infatti, che il limite da scegliere sia correlato a ciò che, speso a tempo debito, poteva evitare il prodursi dello scontro; se cioè risulta che una maggiore sorveglianza sarebbe valsa a impedire la lesione — e l'esperienza è normalmente in questo senso [6] —

[5] Recentemente, DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 51 (« Pour quelle raison refuser d'engager la responsabilité délictuelle de celui qui, ayant commis un acte déloyal, en avait prévu les conséquences dommageables, tout en ayant *espéré*, d'une manière inexcusable, qu'elles ne surviendraient pas, ou de celui, qui prétend ne les avoir pas prévues, alors qu'en déployant l'effort d'une homme moyen il aurait pu les prévoir? »). Ma già TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 126 e p. 153 (« Quel serait le sort des hommes, dans l'état de société, s'ils restaient sans garantie contre tous les maux que peuvent leur causer les fautes ou les imprudences de leurs semblables? Combien des délits réels se couvriraient du voile de l'imprudence, pour échapper à la responsabilité, tandis qu'une juste sévérité peut prévenir par des salutaires ménaces, par d'utiles exemples? »). Oppure M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 18 (« Die missbilligenden Werturteile, die man über den Täter fällt, liegen hier so auf der Hand und wirken so stark, dass bei der Frage, soll er den Schaden zu tragen haben oder der Verletzte, austandlos zu seinen Ungusten den Ausschlag geben »).

Si vedano pure NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 82; PROUDHON, *Usufrutto*, II, cit., p. 27; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 613; BAUDANA-VACCOLINI, *Commento*, III, 2, cit., p. 781; VITALI, *Del danno*, cit., p. 123; CESAREO-CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 147 ss.; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 811; J. S. W., *The status of proximate cause in Virginia*, in *Virg. law rev.*, 1955, p. 991 ss., 1004; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 613.

Non molto diverso l'ordine di considerazioni dal quale certi scrittori di *common law* sono indotti a preferire la *conduct theory*, piuttosto che la *state of mind theory*, per la definizione dell'essenza della *negligence*. Così, ad esempio, HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 901, i quali osservano che « the mental test as applied to defendants would throw the burden of 'that vast amount of dangerous conduct' — secondo l'espressione di EDGERTON, *Negligence, inadvertence and indifference*, cit., p. 867 — on the innocent victims of it rather than on those who engaged in or who benefited by the conduct ». Analogamente BOHLEN, *Contributory negligence*, cit., p. 235.

[6] DOMAT, *op. cit.*, IV, p. 376; HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques*, cit., p. 180; ROUTAMO, *Traffic accident*, cit., p. 159. Si vedano anche MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 575; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *Kommentar*, II, cit., § 249-253, Bem. 14, p. 158.

anche l'obbligo deve scattare a quel livello, vale a dire sul confine della colpa [7]. A ciò si aggiunge poi la considerazione della stessa tenuità e leggerezza della sanzione da applicarsi — un risarcimento del danno, nient'altro che un sacrificio economico [8] —: pur essa avverte come il grado di colpevolezza, da richiedere per far luogo a una condanna, possa essere relativamente basso: non si infrange così il principio di giustizia che vuole esiste sempre proporzione tra la mancanza e la reazione del diritto.

Diversa dovrebbe essere la risposta se il provvedimento giuridico in questione, invece che una riparazione pecuniaria, fosse una vera misura detentiva: e infatti, non è un caso che il diritto penale domandi abitualmente proprio il dolo quale elemento necessario del reato, e condizione per la responsabilità dell'agente. Voler fare altrettanto nel civile, significherebbe dunque estendere al campo privatistico la logica che ispira quella correzionale: confondendo, in sostanza, le due branche, o attenuando quantomeno grandemente la distinzione che intercorre tra esse.

Una distinzione invece ormai ben chiara agli interpreti del primo ottocento [9], e destinata sempre più a stabilizzarsi col progressivo scorrere del tempo: pur, certamente, con gli scogli cui va incontro chi vuole offrire del criterio originario — modellato sulla diversità dell'interesse che torto e reato, rispettivamente, colpirebbero [10] —

---

[7] BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, § 2868, p. 576 ss.; GABBA, *Nuove questioni*, I, 2, cit., p. 212 ss., e specialmente p. 218; CHARMONT, *Les transformations*, cit., p. 234; COGLIOLO, *Misura del danno aquiliano*, cit., pp. 216-217. Recentemente, STARCK, *Essai d'une théorie générale*, cit., p. 395 ss.; DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 163; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 48 (« Kein Wunder, dass der Vorsatz im Recht der unerlaubten Handlungen nur eine sehr bescheidene Schattenrolle spielt. Für diese Unfälle sind Ausgleichmasstäbe aufzustellen. Dies geschieht u.a. mit Hilfe der Fahrlässigkeit »).

[8] TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 153.

[9] Ad esempio, WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 616; C. W. WOLFF, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen, I, 1843, p. 373; BASEVI, *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, 7ª ed., trad. it., Milano, 1859, pp. 645-646; PUCHTA, *Vorlesungen*, II, cit., p. 92. Sul punto, anche RESTA, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica*, nel vol. *Diritto privato - Una ricerca per l'insegnamento*, cit., p. 486.

[10] Soprattutto DURANTON, *Cours de droit civil français*, VII, cit., p. 504; FREY, *Lehrbuch des französischen Civilrechts*, III, cit., p. 163; RICCI, *Corso teorico-pratico*, VI, cit., pp. 117-118; SOURDAT, *Traité*, I, cit., pp. 5-6; DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, cit., p. 393; DALLOZ, *Répertoire*, cit., p. 298; ZUCKER,

una versione più limpida e sicura [11]; e sebbene debba spesso riportarsi ad un fattore contingente e occasionale, come la valutazione di opportunità del legislatore [12], il *quia* della rilevanza penale di un

---

Civil- und Criminalunrecht, in *Grünhut's Zeitschr.*, 1882, p. 492 ss.; SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., p. 357 ss.; LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 385, p. 309; DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, cit., p. 12; SALEILLES, *L'obligation*, cit., p. 356; CESAREO-CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 70; WILLIS, *Measure of damage when property is wrongfully taken by a private individual*, cit., p. 420; FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », cit., p. 668. Recentemente, HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 344; DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni*, cit., p. 767 s.; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 186; CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 9.

[11] In vario modo, A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, *Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seinen Rechtsfolgen*, cit., p. 11 ss.; HEYSSLER, *Des Civilunrecht und seine Formen. Zur Theorie des juristischen Unrechts*, Wien, 1870, p. 13; HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, I, 1881, p. 30 ss.; BINDING, *Die Normen*, I, cit., § 39, p. 255 ss.; v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 3 ss. Nella nostra letteratura CANONICO, *Del reato e delle pene in generale*, 2ª ed., Torino, 1873, pp. 4-5; TOLOMEI, *Diritto e procedura penale*, Padova, I, 1874, pp. 204-205; VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 55 ss.; MASUCCI, *Intorno alla incriminabilità delle frodi contrattuali*, in *Riv. pen.*, 1888, pp. 515-520; e in seguito ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 162 s.

[12] È la nota posizione di IHERING, *Der Zweck im Recht*, 4ª ed., Leipzig, I, 1904, p. 378 ss. (« Worin liegt der Grund, dass das Gesetz, während es einerseits gewisse Handlungen, die sich mit ihm in Widerspruch setzen, bestraft, andere ohne Strafe lässt? Bei diesen wie bei jenen handelt es sich um eine Nichtachtung des Rechts, also, wenn letzeres der Inbegriff der Lebensbedingungen der Gesellschaft ist, um eine Antastung derselben. Wenn die Kaufkontrakte nicht erfüllt, die Darlehen nicht zurückgezahlt werden, so kann die Gesellschaft ebensowenig bestehen, als wenn einer den andern erschlägt oder ausplündert. Warum hier Strafe, dort nicht? »), condivisa tra gli altri da autori come HEINZE, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprincip*, in *Holtzendorff - Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, I, 2, 1871, pp. 340-341 e BEROLZHEIMER, *Die Entgeltung im Strafrechte*, München, 1903, p. 25, e destinata ad incrinare profondamente il credito di cui avevano sino ad allora goduto, per rifarci alla terminologia dell'epoca, le teorie sul valore ' assoluto ' della pena. Su quella traccia infatti — già intravista in precedenza da qualcuno (MITTERMAIER, in *Feuerbach - Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, § 20, b), ma non mai pienamente sviluppata — l'idea della necessità del ricorso alla pena, da parte del legislatore, soltanto quando altri mezzi, e particolarmente quelli civili, appaiono insufficienti a far rispettare un determinato precetto o a difendere l'ordinamento giuridico — v. anche PUGLIA, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, 2ª ed., Napoli, I, 1895, p. 22 ss.; PROAL, *Le crime et la peine*, 3ª ed., Paris, 1899, p. 492 ss.; Richard SCHMIDT, *Der Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Straf-*

determinato contegno illecito [13].

Né l'alternarsi dei parametri proposti o il ripiegare su un motivo storicistico scuoteranno però mai la convinzione che quella dif-

---

recht, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1900, p. 146 ss., 151; MANZINI, *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, Torino, 1900, *passim*, e comunque pp. 82-83; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 70; ROTERING, *Schadensersatzverbindlichkeit und Strafe*, in *Arch. für Bürg. Recht*, 1909, p. 45 ss., 46 — sempreché la punizione non implichi per la società maggior danno dell'impunità — ELLERO, *Scritti minori*, Bologna, 1875, p. 78: SENG, *Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens*, cit., p. 359 — doveva diventare pressoché un luogo comune nell'ambiente giuridico. Cfr., tra i maggiori, BINDING, *Die Normen*, I, cit., p. 260 (« Verbrechen und Nichtverbrechen lassen sich in keiner Weise als im Gegensatze zu zwei verschiedenen Normengruppen stehend auffassen; denkt man das Unrecht als Normwidrigkeit, so kann seine Einteilung in strafbares und nichtstrafbares keine Einteilung der rechtswidrigen Handlungen auf Grund der Verschiedenheit ihrer Angriffsobjekte sein »), p. 426 (« Liegt der Grund der Strafe in der schuldhaften Verletzung des Rechts auf Botmässigkeit, die einmal geschehen nicht wieder gut gemacht werden kann, für die es desshalb nur Genugtuung und keine Reparation gibt, so ist jedes Delikt straffähig. Aber auch nur das Delikt ist straffähig »), p. 432 (« Also nochmals; die Frage von der legislativen Verwendung der Strafe ist eine reine Frage der sozialen Politik im obigen Sinn, sie fasst sich in die Maxime zusammen: Strafe überall da, wo die Gesellschaft ohne sie nicht auskommen kann »); v. LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, cit., p. 30 ss.; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 117 (« Wie das privatrechtliche Delikt ist mithin auch das Verbrechen *schuldhafte, rechtswidrige Handlung*. Aber nicht an jede rechtswidrige, schulhafte Handlung wird durch die Rechtsordnung die Rechtsfolge der Strafe geknüpft. Nur Delikte, die sich nach der Auffassung des Gesetzgebers als *besonders gefährliche* Angriffe auf die Rechtsgüterordnung darstellen, sind mit Strafe bedroht »). Si vedano ancora SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., pp. 394-395; BRUGI, *Il delitto civile*, cit., p. 355 ss. Recentemente, GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 112; altri richiami in HORN, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 71.

[13] È ormai prevalente in dottrina — ad esempio RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 30; CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, I, 1940, p. 149 ss., 151-152; SCADUTO-RUBINO, voce «*Illecito (Atto)*», cit., p. 704; BOUILLENNE, *La responsabilité civile*, cit., p. 159; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, I, 2, cit., p. 1279; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 2ª ed., Padova, 1962, p. 15, e con particolare ampiezza p. 24 ss.; CASETTA, *L'illecito, cit.*, p. 82; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 526; SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 8; SCOGNAMIGLIO, voce « *Illecito (diritto vigente* »), in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, p. 164 ss., 167; WEIMAR, *Der « Rechtfertigungsgrund » des verkehrsrichtigen Verhaltens*, cit., p. 134; HADDEN, *Contract, tort and crime: the forms of legal thought*, cit., p. 257; RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetz-*

ferenza esista e sia profonda [14]; senza contare che, al centro delle dispute, saranno temi soprattutto di contorno, quali i contatti fra norma penale e norma civile, la separazione tra azione pubblica e privata, le connessioni fra crimine e danno: tutti profili rispetto ai quali è in parte autonomo — e può anche svolgersi in termini più netti — proprio il discorso che interessa da vicino, ossia quello del divario e del rapporto fra pena e risarcimento aquiliano. Quale che sia cioè la traccia che si segue, per dar ragione della presenza della pena o sciogliere gli altri dilemmi generali, l'essenza e il compito di ognuno dei rimedi appariranno ormai per sempre inconfondibili [15]:

---

verstoss, Bielefeld, 1973, pp. 71-72 — la tesi che deduce la qualità dell'illecito dal tipo di sanzione (penale, amministrativa, civile, etc.) che risulta applicata al fatto preso in considerazione (cfr. già v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 190; ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., p. 11 ss.; RUFFO, *I fondamenti razionali della teoria delle pene*, Parma, 1900, p. 24; DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXXI, p. 392; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 83).

[14] MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, cit., p. 19; STOBBE, *Handbuch*, III, cit., p. 372 ss., specialmente p. 375; THON, *Norma giuridica*, cit., p. 60; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, cit., pp. 646-647; UNGER, *System*, I, cit., pp. 376-377; Arth. Benno SCHMIDT, *Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten*, Breslau, 1885, p. 16; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 737; ID., voce « *Obbligazione* », in *Enc. giur. it.*, XII, I, n. 468, p. 766; STOPPATO, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Verona-Padova, 1896, p. 43; DEMOGUE, *De la réparation civile*, cit., p. 27 ss.; PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz*, cit., p. 15, nota 48; OETKER, *Rechtsgüterschutz und Strafe*, in *Zeitschr. für d. ges. Strafrechtswiss.*, 1897, p. 511 ss.; TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht*, Leipzig, 1900, p. 138; v. TUHR, *Das bürg. Recht, Allg. Teil*, II, 2, cit., p. 472; ID., *Partie générale*, cit., I, p. 346; ROTERING, *Schadensersatzverbindlichkeit*, cit., p. 46; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 295; MARTEAU, *De la notion de la causalité*, cit., p. 152; MANDL, *Zivilistischer Aufbau des Schadenersatzrechts*, Breslau, 1932, pp. 43-44; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 804; PETERSEN, *Das « Schmerzensgeld »: ein Entschädigungsanspruch*, in *Jurist. Wochenschrift*, 1936, p. 2965; J. HALL, *Interrelations*, cit., pp. 1000-1001; BÜHRKE, *Verschuldensgrad und Ersatzumfaug*, in *NJW*, 1955, p. 1859; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 90; Dieter MEYER, *Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes und Strafzumessung*, in *Jurist. Schul.*, 1975, p. 87 ss., 88; BRICOLA, voce « *Teoria generale del reato* », in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 7 ss., 52-53; PENNEAU, *op. cit.*, p. 198 e p. 211.

[15] Inconfondibilità percepita e messa in luce — con l'eccezione di qualche raro autore (GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 138 s.; SALMOND, *The law of torts*, cit., pp. 19-20; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., per qualche sfumatura, ad es. p. 50) — da quasi tutti gli interpreti moderni: in particolare,

la pena è un male che si aggiunge a un altro male e assolve un fine puramente repressivo, per cui tien conto solo dell'agente [16], il risarcimento è l'eliminazione di una perdita ed ha obiettivi meramente reintegratori, sicché il riguardo è soprattutto per la vittima [17].

N. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, p. 188 ss., 194 s.; Endemann, *Lehrbuch*, cit., p. 430; Planiol, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 261; Otto v. Gierke, *Schuldrecht*, cit., p. 880; Leonhard, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 542; v. Schwerin, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Berlin u. Leipzig, 1919, p. 179; Simonetti, *Sulle cause colpose mediate*, Roma, 1921, p. 14; Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*, cit., II, Berlin-Tübingen, 1958, p. 507; Seavey, *Principles of tort*, cit., p. 73; J. Hall, *Interrelations*, cit., p. 755 s.; Funk, *Handkommentar*, cit., p. 42; Stoll-Felgentraeger, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 194; Ehrenzweig, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 11; Titze, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 210; Maasdorp, *Delicts*, cit., p. 8; Bufe, *§ 817 Satz 2 BGB*, in *Arch. civ. Prax.*, 1958, p. 215 ss., 254; Hueck, *Zum Problem der überholenden Kausalität*, in *Jur. Rundschau*, 1953, p. 404 ss., 406; Deutler, *Schmerzensgeld, seine Rechtsnatur und Grundsätze für seine Bemessung*, Kiel, 1956, p. 76 e p. 115; De Juglart, *Cours de droit civil*, II, cit., pp. 202-203; Geilen, *Strafrechtliches Verschulden*, cit., p. 8; Gschnitzer, *Besonderer Teil und Schadenersatz*, cit., pp. 144-145; Ph. S. James, *Introduction*, cit., p. 315; Marty-Raynaud, *Droit civil*, II, cit., p. 325 ss.; v. Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht*, cit., p. 269; Prosser, *Handbook*, cit., p. 7 ss.; Hans Stoll, *Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, in *JZ*, 1958, p. 137 ss., 143; Erman, in Erman, *Handkommentar*, I, cit., p. 532; Soergel (-Reimer Schmidt), *Kommentar*, cit., § 276, Bem. 8; Mertens, *Der Begriff des Vermögensschaden im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 96; Wagenfeld, *Ausgeichsansprüche*, cit., p. 185.

[16] Seng, *Zur Fräge der Vergütung*, cit., p. 364 e p. 368; Wundt, *Ethik*, 2ª ed., Stuttgart, 1892, p. 530 ss.; Liepmann, *Einleitung*, cit., p. 3 ss.; Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allg. Teil*, 6ª ed., Leipzig, 1902, § 88, p. 187; Carnelutti, *Il danno e il reato*, cit., p. 45 ss.; Gaudemet, *Théorie générale*, cit., p. 299 ss.; Larenz, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 9; Agatstein, *Le dol des incapables*, cit., p. 105 ss.; Seavey, *Cogitations on torts*, cit., p. 6; Morris, *The relation of criminal statutes to tort liability*, cit., p. 469; Rodière, *La responsabilité civile*, cit., p. 5; Brasiello, *I limiti*, cit., p. 177; Barassi, *La teoria generale*, cit., II, p. 525; Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 344; Seydel, *Zwischenbilan der Schmerzensgelddebatte*, cit., p. 1018; Molitor, *Besonderer Teil*, cit., p. 182; Baumann, *Schuldtheorie und Verbotsirrtum*, cit., pp. 514-515; Bötticher, *Zur Ausrichtung*, cit., p. 395; G. Guarneri, voce « *Restituzione e risarcimento del danno da reato* », cit., p. 747; Mertens-Reeb, *Grundfälle*, cit., 1972, p. 36.

[17] Binding, *Die Normen*, I, cit., p. 284 ss.; Demogue, *De la réparation civile*, cit., p. 28 ss.; Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, II, 1899, p. 355 ss.; Lafay, *Étude sur la responsabilité des coauteurs de délits et de quasi-délits civils*, Lyon, 1902, p. 36 e p. 53;

Ciò non vuol dire che l'indennizzo sia indolore, che non comporti anch'esso un costo e un'afflizione, essendo indubbio che il chiamato a risarcire sente quell'obbligo come male che gli è inflitto [18]; ma è questo solo un riflesso secondario [19], per il giudizio di responsabilità civile, cui sono estranee finalità di contenzione: per cui, se è vero che, assai più che non la colpa, il dolo evoca l'idea di una sanzione, di un necessario correttivo del sistema, l'unico modo per attuare tale istanza sarà rivolgersi alla branca del diritto cui compete la disciplina dei castighi [20].

Marteau, *De la notion de la causalité*, cit., p. 162; Rocco, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Riv. pen.*, 1927, p. 329 ss.; Bohlen, *Contributory negligence*, cit., p. 255 ss.; Trabucchi, *Il dolo*, cit., p. 319 ss.; Levi, *Note* a Thon, Norma giuridica e diritto soggettivo, cit., p. 77, nota ii; Heck, *Grundriss*, cit., p. 438; Josserand, *Cours*, II, cit., p. 214; Pacchioni, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 52; Becker, *Kommentar*, VI, *Obligationenrecht*, 1, cit., p. 238; Colin-Capitant-Julliot De La Morandière, *Cours élémentaire*, cit., p. 200; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 333; P. Esmein, in Planiol-Ripert, *Obligations*, 1, cit., p. 657; H. e L. Mazeaud e Tunc, *Traité*, I, cit., p. 6; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 873; Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 33; Petrocelli, *L'antigiuridicità*, cit., p. 27; Rodotà, *Il problema*, cit., pp. 57-58; Forchielli, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 6; Esser, *Schuldrecht*, I, cit., p. 268; Jolowicz, *Vicarious liability - Motor vehicle - Insurance*, in *Cambr. law journ.*, 1971, p. 198; Atiyah, *Accidents*, cit., p. 539 ss.

[18] Kierulff, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, I, cit., pp. 229-230; v. Liszt, *Deliktsobligationen*, cit., p. 3; M. Rümelin, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 19; Brunetti, *Il delitto civile*, cit., p. 354; Antolisei, *L'offesa e il danno*, cit., p. 163; *Restatement of torts*, IV, cit., § 944, comment *j*, p. 753; Brasiello, *I limiti*, cit., p. 182; Knöpfel, *Billigkeit und Schmerzensgeld*, cit., p. 149 s.; Grossfeld, *Die Privatstrafe*, cit., p. 14 e p. 75 ss.; Payne, *The tort of negligence*, cit., p. 252; Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 391; Atiyah, *Vicarious liability*, cit., p. 13 (« However much it may be stressed that damages are compensatory and not penal, the fact is that from defendant's point of view an order for the payment of damages has penal effects »).

[19] Marteau, *De la notion de la causalité*, cit., p. 151; Rother, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 290; Trimarchi, *Illecito*, cit., p. 90; Hans Stoll, *Penal purposes*, cit., p. 19.

[20] Così, con accenti e proposte differenti, Mataja, *Das Schadensersatzrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, in *Arch. für Bürg. Recht*, 1889, p. 267 ss., 268; Garofalo, *Criminologia*, 2ª ed., Torino, p. 256 e p. 485; Id., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, p. 38 ss.; Puglia, *Scienza del diritto privato e scienza del diritto penale*, in *Scuola pos.*, 1894, p. 172; Proal, *Le crime et la peine*, cit., p. 484, seguendo un ordine di idee che era stato prospettato e difeso con speciale calore da Spencer, in

E infatti chi, fra i nostri interpreti, si porrà con maggiore attenzione il problema del « delitto civile » e della sua autonomia concettuale, giungerà alfine a negare puntualmente l'ammissibilità di una simile figura [21]: concludendo che ogni torto volontario — in quanto deliberata infrazione di una norma statuale, e segno della pericolosità di quel soggetto — debba colpirsi con il mezzo della pena [22]. Tesi rimasta senza seguito in dottrina [23], malgrado la chiara autorità del

varie occasioni, e ad esempio in *Essays: scientific, political and speculative*, London and Edinburgh, III, 1891, pp. 152-191 (sull'influenza di Spencer tra i penalisti italiani della scuola positiva, v. particolarmente STOPPATO, *L'azione civile nascente da reato e i limiti della funzione dello Stato nella riparazione alle vittime del delitto*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 215 s.).

[21] BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., *passim* (è la tesi centrale dell'opera, e vi ritorna dalla prima all'ultima pagina). Analoghe, ma con motivazioni assai diverse, le conclusioni di GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 178.

[22] BRUNETTI, *op. cit.*, p. 365 (di « pena privata » aveva invece parlato L. HUGUENEY, *L'idée*, cit., p. 21 ss.; v. anche STOBBE, *Handbuch*, III, cit., p. 374, nota 10). L'idea che il torto civile fosse soltanto quello arrecato senza malizia (« unbefangenes Unrecht ») era già stata espressa da HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 82 ss.; nel senso che i rimedi contro il dolo non potessero esaurirsi sul piano civile, dovevano in seguito pronunciarsi non pochi autori — ad esempio C. L. MICHELET, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie, als die praktische Philosophie*, Berlin, I, 1866, p. 235 ss.; De La GRASSERIE, *De la participation de la partie lesée à l'action publique*, cit., p. 36 ss.; BÄHR, *Gegenentwurf zu dem Entwurfe e. BGB f. d. D. R.*, Kassel, 1892, p. 164 ss.; WALTHER, *Zur Beurteilung der 'Theorie des heutigen deutschen Strafrechts' von Bekker*, in *Krit. Viert. für Gesetzgeb. u. Rechtswissensch.*, 1860, p. 321 ss. — anche se con sfumature alquanto diverse, e di solito con l'esplicito riconoscimento che il sistema da essi proposto non trovava ancora piena accoglienza nei rispettivi diritti positivi.

[23] La critica si imperniò sostanzialmente sul rilievo dell'esistenza di fatti colposi repressi anche in sede penale, e d'altra parte di torti dolosi rilevanti soltanto per il diritto privato (due serie di elementi che agli occhi di BINDING, *Die Normen*, cit., § 37, p. 240 e § 39 p. 260, erano apparsi come « die beiden Todesurteile für die ganze Hegelsche Theorie »; così, del resto, già A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, cit., p. 6; HAELSCHNER, *Die Lehre vom Unrechte und seine verschiedenen Formen*, Bonn, 1869, p. 4; v. anche DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, cit., pp. 393-394; MARCADÉ, *Explication*, cit., p. 274; e poi HUC, *op. cit.*, § 402, p. 533; BAR, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, I, 1882, p. 338; LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 385, p. 310; BEROLZHEIMER, *Rechtsphilosophische Studien*, München, 1903, p. 93; MASUCCI, *Intorno alla incriminabilità delle frodi contrattuali*, cit., p. 513; CROME, *System*, I, cit., p. 474; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, § 385, p. 310; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 231; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 116;

proponente, a cui si riconosce però il merito di una coerenza rigorosa

JOSSERAND, *Cours*, II, cit., pp. 211-212; HUDELOT-METMAN, *Des obligations*, cit., p. 199; COSACK-MITTEIS, *Allgemeinen Lehren*, cit., p. 771), tra i quali ultimi veniva sottolineata l'importanza dell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione.

La replica consistette in un appello più o meno diretto alla teoria del « dovere libero » del debitore — per la quale, con varie intonazioni, WUNDT, *Ethik*, cit., p. 577; SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, p. 45; HARTMANN, *Die Obligation - Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 32 s.; POLACCO, *Della dazione in pagamento*, Padova-Venezia, 1888, p. 149 — alla cui stregua si poteva concludere che, se l'inadempiente non violava con il suo comportamento alcuna norma giuridica, non vi era incoerenza nell'ammettere che non fosse necessaria, per il caso di dolo, l'imposizione di una pena a suo carico (BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 399).

Ciò, tuttavia, non doveva scuotere le convinzioni di un ambiente che, se ancora era apparso diviso circa l'opportunità di ammettere (v. LISZT, *Die Grenzgebiete*, cit., p. 28; CROME, *System*, I, cit., p. 473) oppure negare all'inadempimento la qualifica di atto illecito in senso stretto (LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht*, cit., p. 21; O. C. FISCHER, *Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1905, p. 91; lo stesso v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 10), mostrò di voler rimanere comunque fedele alla tesi che al diritto del creditore alla prestazione corrispondesse un'obbligazione vera e propria del debitore (SOHM, *Der Begriff des Forderungsrechts*, in *Grünhut's Zeitschr.*, 1877, p. 457; SCHEY, *Struktur der Forderungsrechte, ivi*, 1882, p. 378; BUCHKA, *Die indirekte Verpflichtung zur Leistung*, Leipzig, 1904, p. 1; ancora O. C. FISCHER, *Die Verletzung*, cit., p. 74; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 70), e continuò appunto a ravvisare nella condotta in questione i connotati tecnici dell'antigiuridicità (cfr. v. TUHR, *Der Allg. Teil des Bürg. Rechts*, cit., p. 457; ID., *Partie générale*, cit., p. 324; BRUGI, *Il delitto civile*, cit., p. 356; HECK, *Grundriss*, cit., p. 37; MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, cit., p. 467; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 149, nota 1; e successivamente CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 24-25; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 2, cit., p. 1300; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, I, 1962, p. 87 ss.; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, Milano, 1961, p. 4; ID., *Il danno*, I, cit., p. 65; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 18; CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 69, nota 142; REHFELDT, *Einführung*, cit., p. 215; MICCIO, *Dei singoli contratti*, cit., p. 780; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 156, nota 6 e p. 237; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 256; LUPOI, *Il dolo*, cit., p. 267; STAUDINGER-WERNER, *Kommentar*, cit., p. 312; NATOLI, *Il possesso*, II, cit., p. 63; diversamente DEIANA, *La tutela del locatario*, cit., p. 18; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 562; per un convincente inquadramento delle diverse ipotesi di inadempimento, v. comunque M. GIORGIANNI, in più occasioni, e da ultimo voce « *Inadempimento (dir. priv.)* », in *Enc. del dir.*,

con principi da cui nessuno ormai può allontanarsi[24]: non è quello aquiliano il territorio su cui il dolo può esser fatto campeggiare.

2. Né sol per questo — si ha cura poi di aggiungere — e cioè perché manca la minaccia di una pena o perché il dolo non è represso in modo autonomo, sarebbe lecito o possibile affermare che, accanto al primo e basilare ufficio, la responsabilità civile non svolga insieme funzioni preventive: quasi che, al fine di impedire i pregiudizi, la certezza di doverli poi rifondere non rappresenti pur essa un deterrente[25], e come se non fosse tale compito a postulare l'elezione della colpa quale principio di imputazione del danno.

Anche così questo criterio serve i propri tempi, le nuove idee di libertà che sono sorte, i bisogni della nascente economia, e anche per ciò esso dev'essere difeso contro gli attacchi di chi voglia spodestarlo: non cioè soltanto quale dato necessario, per l'ammissione dell'obbligo di risarcire, come impone già uno stimolo morale, e come chiede soprattutto l'esigenza di contenere i rischi di ogni impresa entro i limiti di un possibile controllo[26]; ma quale dato parimenti

---

XX, 1970, p. 888; MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »*, cit., p. 33 ss. dell'estratto; ma già, lucidamente, H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 138-139; v. anche SCOGNAMIGLIO, voce « *Illecito* », cit., p. 169).

[24] G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, pp. 285-286, nota 4; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 49.

[25] Sin d'ora — ed esulando dai contributi più recenti — TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 153 (« Il est dans la nature de l'homme d'éviter les fautes sur la suite desquelles il est averti, et il n'est jamais mieux averti que par la pensée d'un danger pour lui-même, et d'une peine qui le menace »); MATAJA, *Das Recht des Schadensersatzes*, cit., p. 19 e p. 32; MAUCZKA, *Der Rechtsgrund*, cit., p. 124; HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit - Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Jena, I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, 1903, p. 83 ss. e II, *Notstand und Notwehr*, 1905, p. 127; N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 205; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, III, cit., p. 464; HECK, *Grundriss*, cit., p. 41 e p. 438; AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 110; MORRIS, *Punitive damages*, cit., p. 1175, 1176, 1183 s.; DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., p. 269; LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig, II, 1, 1936, p. 283 ss. (per il quale quella preventiva sarebbe anzi la funzione dominante del risarcimento); MARTON, *Le fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, p. 344 ss.

[26] In tal senso, fra gli altri, GENY, *Risques et responsabilité*, cit., p. 281; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 424; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, III, cit., p. 464; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 65;

sufficiente, ai fini della responsabilizzazione dell'autore, sì che ciascuno ispiri alla cautela i propri passi e la sua vita quotidiana[27].

La società in tal modo è preservata da troppe distruzioni di ricchezza[28], e il rifiuto dell'immunità per le iniziative negligenti diventa un mezzo di efficace selezione tra i vari imprenditori sul mercato[29]: soprattutto, si evita che il singolo — per l'imprudenza o l'imperizia altrui — sia esposto ed insidiato di continuo nel proprio ambito individuale, senza disporre di mezzi di tutela[30].

RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 65. Si veda inoltre la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re*, cit., n. 795. Recentemente, RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 14; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, cit., p. 209; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 431; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., *Introduzione*, p. VI; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 120; WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 2. Per un sommario bilancio storico, da ultimo, TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 408 ss.

Sulla questione anche DUGUIT, *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, 2ª ed., Paris, 1920, p. 139 ss.; ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München, 1941, p. 50 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., pp. 43-45; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 294; JØRGENSEN, *The decline and fall of the law of torts*, in *Am. journ. of comp. law*, 1970, p. 39 ss., 43; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery: compensation and selective reimbursement*, in *Virg. law rev.*, 1967, p. 774 ss., 781; KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, cit., p. 3, i quali sottolineano i nessi tra visione liberale dei giuristi del XIX secolo e rifiuto della teoria del rischio o dei criteri a questo assimilabili: ma si vedano, al riguardo, le precisazioni di TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 9 ss. Sul rischio di antistoricismo in certe polemiche verso il passato, RODOTÀ, *Il prolema della responsabilità civile*, cit., pp. 62-64; GALGANO, *Recensione* a Rodotà, op. cit., in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 535.

La difesa della colpa, per ragioni di carattere preventivo, è peraltro frequente nei giuristi dei paesi dell'est europeo: ad esempio, BLEY, *Schadenersatz im Zivilrecht*, cit., p. 10; con particolare riferimento al campo contrattuale, Trajan IONASCO, *The fault requirement in the contract liability of socialist organizations*, in *Am. journ. of comp. law*, 1970, p. 31 ss.; in generale, EÖRSI, *L'adaptation de la responsabilité civile aux exigences de la vie moderne*, in *Rev. dr. cont.*, 1963, p. 9 ss., 23; JOHNSON, *No liability without fault, The soviet view*, in *Curr. leg. probl.*, 1967, p. 165 ss.

[27] EDGERTON, *Negligence, inadvertence and indifference*, cit., p. 867.

[28] RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 63.

[29] HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 758; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 10; CALABRESI, *Optimal deterrence and accidents*, in *Yale law journ.*, 1975, p. 656 ss., 660 ss.

[30] DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 55; EDGERTON, *Negligence, inadvertence and indifference*, cit., p. 867 (che, già per quanto concerne la *state of mind*

3. Certo, nel nome del riguardo per la vittima, o dell'interesse a che il danno sia scansato, non potrà neanche consentirsi il sacrificio di valori in cui il sistema si rispecchi con altrettanta forza e immediatezza: e tra questi, specialmente, del principio che vuole ognuno arbitro e padrone, all'interno della propria sfera giuridica [31]. Un principio il cui rispetto e la cui sorte dipendono non poco dall'istituto aquiliano: s'intende infatti che, qualunque fosse il titolo, la pienezza di libertà del titolare verrebbe ad essere turbata grandemente laddove, a un atto rientrante in quella sfera, facesse seguito poi il sorgere di un'obbligazione. È vero, allora, che prevale già la tesi secondo cui l'esercizio negligente di un diritto — e del diritto di proprietà in particolare — non debba mai dar luogo a responsabilità, per ciò che un terzo ne abbia risentito; ma, se si vuole che quella signoria non soffra limiti, occorre andare ancora più lontano, tenendo ferma la stessa soluzione per l'ipotesi di un uso malizioso: nella difesa che in tal modo si realizza di quel postulato generale, apparendo compensato largamente il male del lasciar sempre, questa volta, il pregiudizio sulle spalle dell'offeso.

Di qui appunto la scelta di respingere l'ipotesi degli atti emulativi o la teoria dell'abuso del diritto, anche nella versione di chi, prudentemente, si è accontentato dell'*animus nocendi* quale condizione per la condanna dell'agente [32]. Un rifiuto, del resto, argomen-

theory, ossia la concezione psicologica della colpa, osserva come essa « would leave the general security unprotected against the vast amount of dangerous conduct which results not from inadvertence or indifference but from deficiencies in knowledge, memory, observation, imagination, foresight, intelligence, judgment, quickness of reaction, deliberation, coolness, self-control, determination, courage, or the like »).

[31] RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 26.

[32] In tal senso erano formulati i §§ 36 e 37, parte 1ª, tit. 6, del Codice prussiano del 1794 (« Non è dovuto il risarcimento per un danno causato nell'esercizio del diritto, a meno che, fra più maniere di esercitarlo, non sia stata scelta volontariamente quella che poteva essere dannosa »): e principi anche meno restrittivi erano stati introdotti dal Martini — con i §§ 255 e 432 — nell'*Urentwurf* del 1798, che anticipava di tredici anni la promulgazione del codice austriaco (cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 291 ss.); mentre il § 255, parte II, del precedente codice Galiziano — frequentemente citato dagli interpreti come traccia originaria dell'abuso del diritto — si era in effetti limitato ad affermare l'obbligo per il proprietario di tollerare le intrusioni non dannose e necessarie per evitare ad altri un pregiudizio.

In dottrina, soprattutto TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 93; STRYKIO, *Dissertationes iuridicae*, Florentiae, 1838, III, disp. XVII, *De iure*

tabile sui vari piani che interessano al giurista: da quello concettuale, innanzi tutto, ove si insiste sulla scarsa congruenza tra le due idee

aemulationis, cap. I, nn. 12-13; ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque*, Firenze, 1836, I, p. 257 ss.; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 443; BASEVI, *Annotazioni*, cit., pp. 146-147; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique*, cit., *sub* artt. 1382-1383, n. 11; DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique*, cit., XXXIX, p. 312, n. 111; KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, cit., p. 84; BORSARI, *Commentario*, III, 2, cit., p. 324; F. S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, Napoli-Roma-Milano, IX, 1, 1895, p. 1148 e p. 1174 ss.; DERNBURG, *Pandette*, cit., I, 1, 1906, p. 106, testo e nota 7; I, 2, 1907, p. 115; BAUDANA VACCOLINI, *Commento*, III, 2, cit., p. 782; Otto v. GIERKE, *Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht*, cit., p. 83; HOLMES, *Privilege, malice and intent*, in *Harv. law rev.*, 1894-95, p. 1 ss., 6; ANCONA, *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, in *Arch. giur.*, 1894, p. 292 ss.; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, cit., § 54, p. 230; BINDING, *Die Normen*, cit., II, p. 291 ss.; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, II, cit., p. 145, nota 20.

Con particolare riferimento alla materia delle acque, GIOVANETTI, *Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations*, Paris, 1844, § 18, p. 99 ss.; TRAINA, *Le servitù sulle acque*, Palermo, 1873, p. 140 ss.; GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino, 1879, I, 2, nn. 574-588; CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Arch. giur.*, 1880, p. 151.

Successivamente, in generale, RAMDOHR, *Rechtsmissbrauch*, in *Gruchot Beiträge zur Erläut. des deutschen Rechts*, 1902, p. 577; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, cit., pp. 509-510; TERRY, *Malicious torts*, in *Law quart. rev.*, 1904, p. 10 ss.; FERRON, in *Sirey*, 1902, 2, p. 17; LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 410, p. 324 ss.; ancora FERRON, *Note* a Trib. Bordeaux, 4 déc. 1903, in *Journ. du Pal.*, 1905, II, p. 20; JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 5; AMES, *How far an act may be a tort*, cit., p. 416 ss.; G. RIPERT, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1906, p. 352 ss., 365; DEGNI, *L'interpretazione della legge*, 2ª ed., Napoli, 1909, p. 314; SALEILLES, *De l'abus du droit*, in *Bull. soc. d'ét. législ.*, 1905, p. 334, 339, 341, 345; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., pp. 282-283; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 22 ss.; PACCHIONI, *Il progetto di revisione del codice civile austriaco*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, p. 149 ss., 188; WALTON, *Motive as an element in torts*, cit., p. 501; BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., pp. 520-521; BRUGI, *Della proprietà*, Napoli-Torino, I, 1928, pp. 297-322 (modificando un atteggiamento che in precedenza era stato contrario al divieto per queste figure); TRASBOT, *La propriété commerciale*, in *Rev. droit comm.*, 1926, p. 121 ss.; ancora RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1929, p. 33 ss.; PERREAU, *Origine et développement de la théorie de l'abus du droit*, in *Rev. gén. du droit*, 1913, p. 481 ss.; RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 31; Lord Sumner in *Sorrel* v. *Smith*, 1925, su cui ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 39; *Restatement of torts*, IV, cit., § 829, comment *a*; GROPPALI, *Atti emulativi*,

di abuso e di diritto [33], e sulla stessa improprietà di un'espressione

---

abuso di diritto, sviamento di potere ed abuso di potere, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 23 ss., 26; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, I, cit., p. 171; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 324, nota 1; ROUAST, *Les droits discrétionnaires et le droits contrôlés*, cit., p. 9; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 801; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, cit., p. 363 ss.

Sul § 226 BGB, richiami *infra*, Cap. VIII, nota 13; e sulla disposizione che il decreto imperiale 19 marzo 1916 ha aggiunto quale secondo comma al § 1295 ABGB, *infra*, Cap. VIII, nota 20.

Più ampi — in quanto volti ad attribuire rilevanza anche a elementi come il difetto d'interesse, l'assenza di motivi legittimi, lo sviamento rispetto al fine sociale o economico del diritto esercitato — i criteri proposti da PORCHEROT, *L'abus de droit*, Dijon, 1901, p. 186 (v. però *ivi*, p. 215); BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901, p. 78 e p. 257; lo stesso G. RIPERT, nella già citata tesi *De l'exercice du droit de propriété*, pp. 344-346 e p. 426; GENY, *Risques et responsabilité*, cit., p. 843; TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., pp. 278-281; BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità*, cit., p. 401; LÉVY, *Responsabilité et contrat*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1899, p. 361 ss.; ancora GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., rist., Paris, 1954 (orig., Paris, 1919), II, pp. 172-173; BUTTIN, *L'usage abusif du droit*, Grenoble, 1904, p. 171; DESSERTEAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1906, p. 119 ss.; CHARMONT, *L'abus du droit*, *ivi*, 1902, pp. 124-125; GAUDEMET, *Théorie générale*, cit., p. 319 ss.; JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, cit., *passim*; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus du droit*, cit., *passim* (in queste ultime due opere sono particolarmente espliciti e diffusi gli accenni critici sull'angustia delle soluzioni limitate al rilievo della sola *intention de nuire*). POPESCO-ALBOTA, *Le droit d'option*, cit., p. 42; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 129; AZARA, *Principi fascisti nel progetto del codice civile per la proprietà e i diritti reali*, nel vol. collettaneo *Principi fondamentali della riforma del Codice civile* (*Libro I e II*), Milano, 1938, p. 56. Da ultimo, MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1966, p. 216 ss.

[33] PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 281; BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 168; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 340, nota 1 bis; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., I, p. 292; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice*, cit., p. 253; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, p. 558; TRIANDAFIL, *L'idée de faute et l'idée de risque*, Paris, 1914, pp. 136-140; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 425 e p. 431; ROUSSEL, *L'abus du droit*, 2ª ed., Paris, 1914, p. 95 ss.; ASCOLI, *Istituzioni* cit., p. 184; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 365; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, 4ª ed., Milano, 1929, p. 485 ss.; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, IV, cit., 1, p. 222; RUBINO, *La fattispecie*, loc. ult. cit. Recentemente, ancora BRASIELLO, in *Commentario D'Amelio-Finzi, Obbligazioni*, III, cit., p. 222; ID., *I limiti*, cit., p. 192; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 32; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 469.

che vuole unire tra loro questi termini; all'altro strettamente positivo, dove, insieme alla mancanza di supporti per l'introduzione di

---

Nella *common law*, i riferimenti fondamentali sono quelli di *Bradford* v. *Pickles*, 1895 (« No use of property which would be legal if due to a proper motive can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious »), di *Stevenson* v. *Newnham*, 1853 (« An act which does not amount to a legal injury cannot be actionable because it was done with a bad intent »), e di Lord Watson in *Allen* v. *Flood*, 1898 (« ... the existence of a bad motive, in the case of an act which is not in itself illegal, will not convert that act into a civil wrong for which reparation is due »), su cui ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., pp. 40-41. E analogamente, SCHOFIELD, Lumley *v.* Gye, in *Harv. law. rev.*, 1888-89, p. 19 ss., 27; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 23 e p. 158; ancor oggi, FRIDMAN, *Malice in the law of torts*, cit., p. 492; P. STEIN, *Elegance in law*, in *Law quart. rev.*, 1961, p. 255.

Per una replica a Planiol, ad ogni modo, ROUAST, *Le droits discrétionnaires*, cit., p. 4; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 66; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, cit., p. 359. Si veda lo stesso DEMOGUE, *Traité*, 1, III, cit., p. 454; e, d'altra parte, WALTON, *Motive as an element in torts*, cit., p. 505 ss.

Può essere interessante ricordare come negli stessi Motivi al primo Progetto (1888) del BGB — *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission* — si affermasse (II, p. 726) che, mentre « wer dagegen nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderes missbrauchen », questo stesso soggetto « *wenn ein besonderes Recht ausübt* muss zwar immer haftfrei sein, *auch wenn er aus Chikane handelt* ». Anche nel secondo Progetto del 1895 — *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission* — la formula del § 749 prevedeva che « Wer durch eine Handlung, *die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt*, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen *vorsätzlich* Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet ». E il testo passava poi inalterato nel terzo Progetto del 1896 — *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Verlage* — diventando il § 810 sul quale la Memoria esplicativa — *Denkschrift zum Entwurf eines BGB*, Berlin, 1896, 2, XXIII, p. 101 — non faceva particolari commenti: fors'anche perché questo Progetto conteneva già una norma (§ 887) ove si prevedeva che « Eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig ». Tale ultima disposizione sarebbe poi scomparsa nella redazione finale, perché resa inutile dalla formula più generale del § 226; ma fu proprio essa ad offrire la base per quelle considerazioni sull'intollerabilità della lesione dolosa dell'altrui interesse che dovevano poi condurre a Commissione del Reichstag — *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines BGB*, Berlin, 1896, p. 58 — ad eliminare il riferimento alla lesione del diritto,

quelle due figure [34], si sottolinea la presenza di elementi — tra cui, ad esempio, la definizione di proprietà — testimoni dell'assolutezza di poteri facenti capo al titolare di un diritto [35]; a quello storico,

formulando il § 810 nel testo destinato poi a diventare quello definitivo del § 826 (cfr. anche JACUBEZKY, *Zur Frage des allgemeinen Chicaneverbots*, in *Beitr. für Erläut. des deutsch. gem. Rechts*, 1896, p. 591 ss.; MUGDAN, *Die gesammten Materialen zum BGB*, Berlin, 1899, I, p. 504 e pp. 796-797; III, p. 143).

Questa vicenda, o almeno la sua parte iniziale, potrà sorprendere chi è abituato a credere che l'ambiente giuridico di lingua tedesca fosse stato unanime da sempre nell'accogliere la tesi favorevole alla repressione degli atti emulativi: in realtà, non pochi autori — da IHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher für die Dogamtik*, 1862, p. 103 ss. a WÄCHTER, *Handbuch des in Königreich Württemberg geltenden Privatrecht*, Stuttgart, II, 1851, p. 194; da BURCKARDT, *Die actio aquae pluviae arcendae*, Erlangen, 1881, p. 239 ss. a PAGENSTRECHTER, *Die römische Lehre vom Eigenthum*, Heidelberg, 1857, I, § 5, p. 36 ss.; da BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, I, § 22 a SCHEURL, *Lehrbuch der Institutionen*, 4ª ed., Erlangen, 1857, p. 236; da PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz*, cit., p. 44 a BLUMMER, *Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch nach gemeinem Rechte und nach Rechte des BGB*, Berlin, 1900, p. 92 — avevano espresso un parere contrario all'ammissibilità di quella figura, e in tal senso si era pronunciata talvolta la stessa giurisprudenza (cfr. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., pp. 1220-1221, testo e nota 13, ove richiami di alcune decisioni).

Non va dimenticato, d'altra parte, come, prima della novella del 1916, l'ABGB austriaco conoscesse al riguardo soltanto il principio per cui « chi fa uso di un suo diritto entro i giusti limiti, non è responsabile del danno, che ad altri ne derivi » (§ 1305): norma che veniva interpretata nel senso che un'attività formalmente legittima, quand'anche esercitata « per il solo piacere di fare ad altri del male », non potesse dar luogo al sorgere di una responsabilità (così ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 271; STUBENRAUCH, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Wien, I, 1853, p. 724; UNGER, *System*, I, cit., pp. 616-617, testo e nota 21; diversamente solo NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, cit., p 122).

[34] FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 781 ss.; STUBENRAUCH, *Commentar*, II, cit., p. 658, nota 6. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 192, nota 4; FRISOLI, *La dottrina della « chicane » e del doloso abuso del diritto, secondo il diritto romano ed il diritto civile odierno*, in *Filangieri*, 1904, p. 650; SORGE-VADALA, *Rapporti di vicinato*, Torino, 1909, p. 124; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1905, p. 191; VENZI, *Manuale del diritto civile italiano*, Firenze, 1922, p. 87; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 442 ss.

[35] DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, cit., § 670, p. 574; FADDA e BENSA, *Note* a Windscheid, Pandette, IV, cit., p. 699. Si vedano anche, sul punto, le recenti osservazioni di NATOLI, *Note preliminari*, cit., p. 21.

ancora, dove si inizia ribattendo con le massime « qui iure suo utitur neminem laedit » e « non omne quod licet honestum est » [36] al passo « malitiis non est indulgendum » [37], e si finisce in ogni caso per concludere che orientamenti e limiti del genere, rimasti estranei al diritto romano classico [38], rappresentano il semplice portato della successiva influenza canonistica [39].

Il dolo certo ripugna alla coscienza, ma la pretesa che a colpirlo sia il diritto — anche quando non v'è una norma apposita — confonde insieme questo e la morale [40]: si perderebbe così, dandole

[36] Così, ad esempio, PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 280.

[37] Sul quale, per tutti, STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtausübung*, Wien, 1898, p. 22 ss.; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits*, cit., p. 30 ss. Nel senso della classicità del divieto dell'abuso, ANCONA, *Degli atti ad emulazione*, cit., pp. 315-325; CROME, *System*, I, cit., p. 530, nota 8; BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 342; APPLETON, *L'enseignement de droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits*, in *Rev. int. de l'enseign.*, 1924, p. 142 ss.; FLUMENE, *L'uso illecito del diritto*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 447 ss., 553; recentemente STAUDINGER (-COING), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 11ª ed., Berlin, I, *Allgemeiner Teil*, 1957, pp. 1182-1183.

[38] Così V. SCIALOJA, voce « *Aemulatio* », in *Enc. giur. it.*, vol. I, parte II, sez. 1ª, Milano, 1892, p. 439; PERNICE, *M. A. Labeo*, II, 1, cit., p. 57 ss., che riteneva il divieto dell'emulazione operante soltanto per il diritto giustinianeo; PEROZZI, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustinianeo delle acque private*, in *Arch. giur.*, 1894, p. 350 ss., specialmente pp. 373-374, il quale concludeva che i divieti in materia di acque previsti da Giustiniano avevano fini di utilità pubblica, e quindi una marca del tutto obiettiva, senza riguardo per l'*animus* dell'agente; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 748 ss., ancor più radicale nella negativa; PACCHIONI, *Qui suo iure utitur neminem laedit*, in *Giur. it.*, 1939, IV, c. 209 ss., ripubblicato in *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 365 ss.; ATZERI-VACCA, *Sulla dottrina degli atti ad emulazione*, Cagliari, 1880, pp. 17-39; G. GROSSO, voce « *Atti emulativi* (*dir. rom.*) », in *Enc. del dir.*, IV, 1959, pp. 27-28; BRASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 221; FRISOLI, *La dottrina della « Chicane »*, cit., p. 571 ss. (secondo cui il divieto sarebbe stato ammesso solo in casi eccezionali, e non esisteva come principio); SERAFINI, *Note* a Arndts, cit., I, § 92, n. 9, p. 341; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 265-266; LAWSON, *Negligence in the civil law*, cit., p. 16; SCALFI, *Lezioni di diritto privato*, Milano, II, 1970, p. 41.

[39] Così, RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 51; ASTUTI, voce « *Atti emulativi* (*dir. interm.*) », in *Enc. del dir.* IV, cit., p. 29 ss., 30. Si vedano anche TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 344; SCALFI, *op. loc. ult. cit.*; PUGLIATTI, voce « *Animus* », cit., p. 442.

[40] VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 110; ATZERI-VACCA, *Sulla dottrina degli atti ad emulazione*, cit., p. 5, 13, 67; MUTEAU, *De la responsabilité civile*, cit., p. 14; BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., *passim*, e comunque

ascolto, proprio quel bene della certezza che rimane, pur con scarti e iniquità sempre possibili, la sola e migliore garanzia per le stesse esigenze di giustizia [41].

4. D'altronde è proprio questo, si continua, nel riprendere il discorso generale, l'insegnamento che impartisce anche la storia: la conclusione cui si giunge cioè guardando allo sviluppo degli istituti del risarcimento del danno, dal diritto romano e giustinianeo sino all'epoca moderna.

Nessun dubbio che tale evoluzione sia in qualche parte debitrice verso il dolo [42]: la possibilità di reprimere quest'ultimo è stata

---

p. 57; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 341. L'argomento assumeva tanta maggior forza in un momento in cui si era iniziato così energicamente ad insistere (NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift K. Binding*, Leipzig, 1911, II, p. 273 ss.; 308; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 94 ss.; BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Leipzig, 1927, p. 30; e già BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., III, p. 6 e p. 170; STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, cit., p. 92 ss.) sull'« Aufgabe des Rechts zur Regelung äusserer Lebensziehungen » (così MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 54, nota 108; v. anche WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957, p. 59 e p. 64; ZIPPELIUS, *Der Aufbau der modernen Unrechtslehre*, Regensburg, 1953, p. 12 ss.; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 59). Che il riferimento non fosse usato troppo correttamente, si può intendere con facilità — a parte ogni considerazione di merito — osservando che era proprio di quegli anni il codice tedesco in cui figuravano disposizioni come il § 826: ma il malinteso non è forse inspiegabile per chi tenga presente quali fossero le esigenze culturali del tempo, e in generale i compiti che la dottrina franco-italiana del primo novecento assegnava a se stessa (*infra*, Cap. VIII, n. 8 e Cap. X, nota 144).

[41] HUC, *Commentaire du code civil*, VIII, cit., p. 536; UNGER, *System*, 1, cit., p. 617, nota 21; A. ESMEIN, in *Sirey*, 1898, I, p. 17; CHARMONT, in *Rev. crit. lég. jurispr.*, 1898, p. 145; BUTTIN, *L'usage abusif du droit*, cit., p. 159 e p. 180; FADDA e BENSA, *Note* a Windscheid, Pandette, cit., p. 700; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, pp. 560-563. Si vedano anche SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 36; O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, in *Curr. leg. prob.*, 1955, p. 61 ss.

[42] Così già v. KIRCHSTETTER, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Leipzig, u. Wien, 1868, p. 569; DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, *Das Obligationenrecht*, cit., p. 848; SAVIGNY, *Le obbligazioni*, II, cit., p. 287, nota 8; STOBBE, *Handbuch*, III, cit., p. 375; PUCHTA, *Institutionen*, 10ª ed., a cura di P. Krüger, Leipzig, 1893, I, p. 548 e II, p. 366; WINDSCHEID, *Pandette*, cit., II, p. 744; v. SCHWERIN,

infatti la via che ha consentito, forse più di ogni altro mezzo disponibile, di superare le rigide strettoie di un sistema di azioni tipizzate [43]; permettendo man mano l'affermarsi — nel segno più severo per la vittima, ma almeno a un qualche titolo effettivo — di forme inedite di danno riparabile, perennemente rinnovantisi nel tempo [44].

Grundzüge, cit., p. 218; HOLZSCHUHER, *Theorie und Causistik*, I, cit., p. 229 ss.; MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, I, 1908, p. 317.

Per qualche profilo particolare, ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, cit., p. 743, nota 1; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 339, nota 1 ter; L. FERRARA, *Effetti civili del reato di spergiuro*, in *Foro it.*, 1938, I, c. 1374, ripubblicato in *Attualità giuridiche*, cit., p. 55 ss., 66; Max KELLER, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, cit., pp. 60-61; BRUTTI, *Formulae de dolo e dolo processuale tra la fine della repubblica e gli inizi del principato*, in *Studi Senesi*, 1968, p. 261 ss.; V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 434 ss.

In generale anche GORPHE, *Le principe*, cit., p. 34; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung*, cit., pp. 13-14; AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 121; PEZZELLA, *Il fondamento della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica romana*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 531 ss., 549; B. KUEBLER, *Le degrés de faute dans les systèmes juridique de l'antiquité*, cit., p. 183; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 43 e p. 71; PERRIN, *Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano, III, 1956, p. 263 ss., 265; STARCK, *Essai*, cit., pp. 59-65; MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems*, cit., p. 4; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 327; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 177; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 10; LAWSON, *Negligence in the civil law*, cit., p. 16 e p. 25; G. GROSSO, voce « *Atti emulativi* (*dir. rom.*) », cit., p. 28; EISSER, *Zur Bedeutung von « summum ius summa iniuria » im römischen Recht*, nel vol. *Summum ius, summa iniuria*, cit., p. 1 ss., 5, 9, 15; LUPOI, *Il dolo* cit., pp. 20-21.

[43] MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts*, Halle, 1842, p. 320; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1916, p. 916 e p. 963, nota 1; HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1926, p. 308; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 317; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits*, cit., p. 28 e p. 129. Cfr., recentemente, anche le conclusioni di COING, *Die clausola doli im klassischen Recht*, in *Festschrift F. Schultz*, 1951, I, p. 97 ss., 123.

[44] LEHR, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, II, cit., p. 214; BRUGI, *Il delitto civile*, cit., p. 353; KISS, *Verleitung zur Vertragsverletzung*, in *Festschrift Zitelmann*, München und Leipzig, 1913, p. 4; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 745 ss., che si sofferma anche (n. 36) sul contributo al progressivo incremento dell'area della responsabilità offerto parallelamente dall'*actio quod metus causa* (v. sempre *ivi*, n. 42, p. 750). Ma il dolo — aggiungeremo — era pure alla base di altri rimedi che, benché di natura assai diversa tra loro, dovevano contribuire in vario modo ad ampliare l'ambito di

Sono anche noti, tuttavia, gli inconvenienti impliciti nel ricorso a uno strumento come l'*actio doli generalis*: che non soltanto ha mantenuto sempre la natura di azione sussidiaria [45], sì che in concreto si è potuto utilizzarla soltanto là dove mancasse ogni altro mezzo per reagire all'altrui comportamento, ma non è mai neppur riuscita a liberarsi dell'originaria impronta penalistica [46]; e soprattutto del carattere infamante della condanna [47], onde le gravi e comprensibili incertezze del magistrato chiamato ad amministrarla, a parte altri elementi e contrassegni — quali l'impossibilità di chiamare in causa gli eredi

---

tutela del danneggiato, come l'*actio furti*, la *condictio furtiva*, l'*actio vi bonorum raptorum*, e la stessa *actio iniuriarum* (esperibile anche in mancanza di *contumelia*, ma comunque sempre innanzi a una precisa volontà o ad un atto consapevole dell'agente: cfr. PERNICE, *M. A. Labeo*, cit., II, 1, p. 21 ss. e pp. 42-43).

[45] EINECCIO, *Erklärungen der Pandekten*, Wien, 1796, p. 95; VOET, *Commento alle Pandette*, I, cit., p. 700 s.; ARNDTS, *Pandette*, II, cit., p. 266; PUCHTA, *Pandekten*, 8ª ed., a cura di Rudorff, Leipzig, 1856, p. 548; ID., *Institutionen*, II, cit., p. 76; KELLER, *Pandekten*, cit., p. 692; GOESCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, a cura di Erxleben, Göttingen, III, *Obligationenrecht*, p. 557; DERNBURG, *Pandette*, II, cit., p. 593; ID., *Das bürgerliche Recht*, I, 2, cit., p. 798; WINDSCHEID, *Pandette*, II, cit., p. 746, nota 10; FERRINI, *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1891, p. 161 ss., 188; CROME, *System*, II, cit., p. 1040, nota 1; BRUNS-ECK-MITTEIS, *Das Pandektenrecht*, nell'*Encyclopädie* di Holtzendorff, 6ª ed., Leipzig-Berlin, I, 1903, Zivilrecht, (II), 3, § 72, p. 393; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 115; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 654, nota 1; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung*, p. 14; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 897, nota 1; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 260; SCHWIND, *Römisches Privatrecht*, I, cit., p. 267; ALBANESE, *La sussidiarietà dell'*actio de dolo, in *Ann. univ. Palermo*, 1961, p. 183 ss.; MASI, *Insolvenza dell'obbligato e sussidiarietà dell'*actio de dolo, in *Studi Senesi*, 1962, p. 40 ss.

[46] TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 207; FERRINI, voce « *Illecito (dir. rom. e interm.)* », in *Nuovo Dig. it.*, VI, cit., p. 671 ss., 672; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 6 ss.

[47] MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 320; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, (citiamo ora dalla 1ª ed., Erlangen, I, 1857), p. 526; PUCHTA, *Pandekten*, cit., p. 548; GOESCHEN, *Vorlesungen*, III, cit., p. 588; REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*, Leipzig, 1858, p. 756; KELLER, *Pandekten*, cit., p. 693; MITTEIS, *op. ult. cit.*, I, p. 325; PERNICE, *Labeo*, cit., II, 2, p. 224 s.; WINDSCHEID, *Pandette*, II, cit., p. 746, nota 10; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 747 s.; ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, 1916, cit., p. 969, nota 2; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. loc. ult. cit.;* SCHWIND, *op. cit.*, p. 267; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 260.

dell'autore [48], e l'estrema brevità del termine di prescrizione [49] — decisamente sfavorevoli alla vittima [50].

La storia si è poi svolta d'abitudine, per quanto riguarda questo punto, sulla traccia di un passaggio di consegne, ossia come progressivo assorbimento delle ipotesi perseguibili in virtù dell'*actio doli* nel più propizio governo della colpa [51]; del criterio, cioè, che già agli

---

[48] EINECCIO, *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum*, a cura di J. Gottlieb, Napoli, I, 1764, p. 363; REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*, cit., p. 756; LUZZATTO, voce « *Dolo (dir. rom.)* », in *Enc. del dir.*, XIII, 1964, p. 717.

[49] Originariamente un anno, due anni da Costantino il Grande in poi (GOESCHEN, *Vorlesungen*, III, cit., p. 589; KELLER, *Pandekten*, cit., p. 693; DERNBURG, *Pandette*, II, cit., p. 594 e p. 595, nota 8; ID., *Das bürg. Recht*, II, 2, cit., p. 798, nota 2; VOET, *op. cit.*, p. 699; REIN, *op. cit.*, p. 756).

[50] Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, p. 93; SACCHI, voce « *Dolo* », cit., p. 626; ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 173 ss.; ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *Labeo*, 1963, p. 42 ss.; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 36; PIETROBON, *L'errore*, cit., pp. 75-76, nota 19.

In particolare, l'azione non era esperibile contro quei soggetti che, per la loro posizione o per la loro carica, meritassero una spiccata considerazione (WINDSCHEID, *Pandette*, II, cit., p. 746, nota 10), e poteva esser concessa soltanto « causa cognita », ossia dopo un previo esame da parte del pretore (DERNBURG, *Pandette*, II, cit., p. 594, nota 7; BRINZ, *op. cit.*, I, p. 526; SCHWIND, *op. cit.*, p. 267; WINDSCHEID, *op. loc. ult. cit.;* JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 260). V. anche PERNICE, *Labeo*, II, 2, cit., p. 204 e p. 219, il quale insiste sulla riluttanza dei giurisperiti romani ad ammettere il ricorso a tale rimedio al di fuori dei casi di astuta macchinazione e di inganno. La vittima poteva agire, inoltre, unicamente quando il danno assumesse una certa entità, che in nessun caso doveva essere inferiore ai due aurei (DERNBURG, *Pandette*, loc. ult. cit.; WINDSCHEID, *op. loc. ult. cit.*), e pur quando il termine era stato portato a due anni, si continuò ad esigere per non poco tempo che, entro quel termine, la causa fosse stata anche definita (WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 745, nota 5).

[51] Un primo passo era stato rappresentato dall'introduzione di un'*actio in factum*, non infamante, per l'ipotesi in cui il convenuto apparisse persona degna di speciale rispetto — WINDSCHEID, *Pandette*, II, cit., p. 746, nota 10; FERRINI, voce « *Illecito (dir. rom. e interm.)* », cit., p. 672 — o per il caso in cui l'azione dolosa fosse stata compiuta dietro impulso di misericordia (ad esempio, ricorda REGELSBERGER, *Pandekten*, I, cit., p. 648, per liberare uno schiavo strettamente legato; v. anche UNGER, *System*, II, cit., p. 235, nota 5). PERNICE, *op. loc. cit.*, sottolinea come essa venisse concessa anche per il caso di uccisione dello schiavo oggetto di una vendita, e come a tal fine l'esistenza della macchinazione fosse ritenuta fittiziamente proprio allo scopo di proteggere il danneggiato.

albori del diritto bizantino è ormai riuscito a diventare il requisito su cui s'impernia l'*actio legis Aquiliae,* sostituendosi all'arcaico principio della semplice causalità materiale [52]: e che è destinato poi ad

In seguito, un'azione sempre *in factum* — fondata sulla *bona fides,* e senza più menzione del dolo — sarebbe stata ammessa anche per il periodo successivo al decorso dei due anni (PUCHTA, *Pandekten,* cit., pp. 548-549; GOESCHEN, *Vorlesungen,* III, cit., p. 588 e p. 590; KELLER, *Pandekten,* cit., p. 693; DERNBURG, *Pandette,* II, cit., p. 594; ID., *Das bürg. Recht,* II, 2, cit., p. 798, nota 2; BRINZ, *Pandekten,* I, cit., p. 526), ma il suo oggetto era limitato all'arricchimento, benché non fosse necessario che il convenuto avesse conservato tale arricchimento sino al momento del giudizio (VOET, *op. cit.,* p. 700; REIN, *op. cit.,* p. 736; ARNDTS, *Pandette,* II, cit., p. 266; WINDSCHEID, *op. cit.,* II, p. 745); con essa la vittima poteva rivolgersi ormai contro lo stesso erede, che rispondeva peraltro a sua volta « quatenus ad eum hereditas pervenisset » (WINDSCHEID, *op. cit.,* II, p. 745, nota 7; DERNBURG, *Pandette,* I, 1, cit., p. 311, nota 7).

Con tutto ciò, « la restrizione del presupposto soggettivo (dolo) era assolutamene impari ai bisogni pratici » (ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* 1916, cit., p. 963, nota 4), sia pur tenendo conto del ruolo svolto dall'introduzione della colpa grave come criterio equiparabile al dolo (JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht,* cit., p. 177, nota 3; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,* cit., p. 10); non può dunque stupire che il ricorso all'*actio doli* come mezzo per il risarcimento del danno sia rimasto in definitiva un prodotto dei primi tempi dell'impero, la tendenza successiva essendo semmai nel senso di restringere piuttosto che non in quello di ampliare tale applicazione (PERNICE, *Labeo,* II, 2, loc. ult. cit.).

[52] Sui termini di questa evoluzione, restano fondamentali IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht,* cit., p. 1 ss. e G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1916, p. 944 ss. Fra i contributi meno recenti, si possono ancora ricordare v. SCHWERIN, *Grundzüge,* cit., 180; PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz,* cit., pp. 9-11; PERNICE, *Zur Lehre von den Sachsbeschädigungen,* cit., p. 67 ss. e p. 167 ss.; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 756; SCHEURL, *Lehrbuch der Institutionen,* cit., p. 235; DERNBURG, *Pandette,* II, cit., p. 572 ss.; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., pp. 14-34; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 76 ss.; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 276. In seguito, tra gli altri, DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., pp. 365-366; LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit,* cit., p. 48; SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 106; JOSSERAND, *Cours,* II, cit., p. 214 ss.; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung,* cit., p. 14 e p. 19; KUEBLER, *Les degrés de faute,* cit., pp. 183-184; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 25 ss.; SWOBODA, *Die Neugestaltung,* cit., p. 119; ID., *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 70 ss.; SARFATTI, *Le obbligazioni,* cit., pp. 285-288; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 17 ss.; Van RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* cit., p. 98; RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 6 ss.; MARTINE, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle,* Paris, 1957, p. 9; ALBANESE, voce « *Illecito* (*storia*) », in *Enc. del dir.,* XX,

accompagnare quell'espansione del *damnum iniuria datum* attraverso la quale — grazie al riconoscimento di sempre nuove lesioni risarcibili, e col ricupero nell'ambito aquiliano dei casi controllati dalle varie altre azioni delittuali e quasi-delittuali — si giungerà alfine a sfociare nella moderna clausola di responsabilità [53].

Un traguardo dopo il quale, chiaramente, è ormai caduta per il dolo ogni speranza di esercitare un qualche ruolo indipendente: dato che ormai tutti quanti i pregiudizi, anche prodotti *non corpore* e *non corpori,* sono stati dichiarati risarcibili [54], e manca dunque quel vuoto nel sistema che l'appello a una norma di chiusura dovrebbe consentire di colmare [55].

5. E se questa ricostruzione appare erronea [56], non è certo per dissensi sulla parte che prospetta l'*actio doli generalis,* all'interno del sistema quiritario, nei termini di mezzo supplettivo e con riflessi d'importanza limitata, o perché desti sorpresa l'opinione che considera esaurita ormai per sempre, nel quadro dei moderni ordinamenti, ogni funzione della repressione della malizia; la discordia è solamente per la tesi del trionfo della colpa già avvenuto, in relazione al *damnum iniuria datum,* presso il tardo diritto romano, e in generale per l'idea [57] secondo cui, nel passaggio dai criteri causalistici ai principi

pp. 87-88; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., pp. 433-434; ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., p. 83; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., pp. 53-55; LAWSON, *Negligence in the civil law,* cit., p. 27 ss.; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 70; KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht,* in *Jurist. Schul.,* 1967, p. 337 ss., 343; MILLNER, *op. cit.,* pp. 6-10; ID., *Curr. leg. probl.,* 1963, cit., p. 84; TUNC, *Tort law and the moral law,* cit., p. 249.

[53] MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., p. 170 ss.; SALEILLES, *L'obligation,* cit., p 355; PACCHIONI, *op. ult. cit.,* p. 9 s.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* cit., p. 203 ss.

[54] CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 159.

[55] Così TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., pp. 403 s.

[56] Alludiamo soprattutto a VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 75 ss., la cui polemica verso Ihering è troppo conosciuta perché sia necessario ricordarne i termini.

[57] Difesa appunto da IHERING, *Das Schuldmoment,* cit., pp. 8-10, e ritrovabile ancora in LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit,* cit., p. 48; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 420; FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », cit., p. 665. Oppure, con richiami più o meno diretti a Ihering, VENZI, *Note* a Pacifici Mazzoni, op. cit., p. 351; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., pp. 200-201; RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 63; RODIÈRE, *La*

dell'imputazione morale, si esprimerebbe la conquista più preziosa della coscienza giuridica di un popolo [58].

Critiche tutte al momento rintuzzate [59], e che più tardi però riemergeranno, se non sul punto del giudizio sul passato, per quanto attiene al rifiuto della colpa come meta e segnacolo di civiltà: proprio dopo il codice italiano del '42, una nuova generazione di giuristi [60] dovrà infatti rimettere in onore le concezioni di chi, alla fine del secolo scorso, si era sforzato di risolvere la nozione di colpa in quella

---

responsabilité civile, cit., p. 7; SPILMAN, *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804*, Bruxelles, 1955, p. 126; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *op. cit.*, p. 205; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 12; P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1959, p. 490; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 120.

[58] In senso critico, tra gli altri — e accettando quasi sempre il bilancio storico di Ihering, ma ritenendone ingiustificate le generalizzazioni per la situazione odierna — PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 64; STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1958, p. 504; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 42, anche se per ragioni parzialmente diverse (« Jedenfalls ist Fahrlässigkeit — soweit überhaupt vorhanden — ursprünglich nicht anderes gewesen als eingeschränkte Gefährdungshaftung »). Per qualche accenno, assai più moderato, ma anche in un momento ben diverso, THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 107. Con particolare energia, invece, ESSER, *Grundlagen und Entwicklung*, cit., pp. 45-57. Si vedano anche SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 635; FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1378 ss., 1384; RODOTÀ, *Il problema*, cit., pp. 61-67 (a. p. 62, nota 54, altri richiami), che considera però scorrette alcune di queste critiche. Da ultimo, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1974, p. 331 ss.

[59] Ad esempio, FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 738 ss. (la cui polemica si svolgeva anche nei confronti di Binding); v. TUHR, *Das bürgerliche Recht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 481; FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, cit., p. 540; PEZZELLA, *Il fondamento*, cit., p. 531 ss.; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., pp. 424-425; COZZI, *La responsabilità civile per danni da cose*, Padova, 1935, p. 108; VERGA, *Errore e responsabilità*, cit., pp. 117-118, nota 1.

Sull'incomprensione che gli scrittori della fine dell'ottocento avevano riservato a Venezian, MARTON, *Versuch eines einhetlichen Systems*, cit., p. 31 ss.; e si veda VALSECCHI, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 151 ss., 152, nota 1.

[60] Ad esempio, V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 218; COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 12; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 306 ss.; RUFFOLO, *Il problema della responsabilità vicaria*, cit., pp. 860-861 e pp. 870-871.

di causa pura e semplice del danno — lo stesso che, nell'affermarsi dei criteri oggettivi di collegamento, aveva indicato la via dello sviluppo per l'istituto della responsabilità civile [61].

Non si dirà allora che la colpa-negligenza non ha un suo spazio in cui continua a dominare, né si vorrà polemizzare espressamente contro il dolo e l'idea di un suo risalto. Si osserverà però come il legislatore italiano — nel titolo, e poi nel testo delle norme sulla responsabilità extracontrattuale — abbia parlato di « fatto » e non di « atto » illecito, deducendone che il comportamento dell'agente debba esser valutato nelle sue sole componenti esteriori [62]; si rileverà come l'ele-

---

[61] Alludiamo sempre a VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., *passim*, e comunque p. 281; ID., *La causa dei contratti*, Roma, 1892, ripubblicato in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, cit., p. 376.

Non mancano certamente critiche al tentativo di Venezian di fondare la responsabilità senza colpa — e in qualche modo l'intera responsabilità civile — sul concetto di causa pura e semplice del danno (di *Kausalhaftung* avrebbero parlato successivamente gli stessi SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., p. 343 ss.; BURCHARD, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 161; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 1270; v. TUHR, *op. ult. cit.*, p. 472; Julius v. GIERKE, *Grundfragen*, cit., p. 153 ss. e p. 161; ancor oggi, ma ormai solo nominalmente, GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, cit., p. 71; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 12 ss; WIEFELS, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 41; v. BÜREN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 49; ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 85 ss.), invece che su quei criteri del rischio, del profitto o del pericolo che dovevano imporsi verso la fine del secolo scorso: ad esempio, M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 16; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 103 ss.; CARNELUTTI, *Appunti*, cit., pp. 318-320; BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, Berlin u. Wien, 1933, p. 117 ss.; SWOBODA, *Die Neugestaltung*, cit., p. 120; MICHAELIS, *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung*, cit., p. 49 ss.; e ancor oggi TRIMARCH, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 14-16; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 74 s.; LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung*, cit., p. 379; ID., *Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz*, cit., p. 597; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 299.

Non si può tuttavia non tener conto del fatto che il lavoro sul danno di Venezian — benché pubblicato in edizione definitiva solo alla fine della prima guerra mondiale — era in effetti stato scritto intorno al 1885, e che l'autore non conosceva allora presumibilmente, visto che mai vi si richiama, le idee che Binding aveva espresso nella prima edizione delle sue *Normen*, apparsa nel 1872; e osservando che l'opera di Venezian precede di qualche anno o di qualche lustro i contributi di Mataja, N. Coviello, G. e M. Rümelin, Josserand, Barassi, Saleilles e Mauczka, ben si giustifica la rivalutazione che di recente è stata fatta del pensiero così a lungo misconosciuto del nostro studioso.

[62] Ad esempio RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 24.

mento dell'« ingiustizia » — e cioè la più significativa innovazione dell'art. 2043 rispetto alla formula dell'art. 1151 del codice del 1865 — sia stato riferito al danno, e non al fatto, concludendo che il giudizio di responsabilità debba svolgersi essenzialmente come analisi della situazione del danneggiato [63]; dalla constatazione che in certe fattispecie normative, compresi i casi in cui l'onere della prova è invertito o la colpa presunta, si esprimono o si nascondono fenomeni di responsabilità oggettiva, si trarrà ancora lo spunto per notare come l'obbligo risarcitorio possa nascere anche senza la previa violazione di un comando [64], donde la conclusione secondo cui l'istituto aquiliano non sarebbe ormai più chiamato a svolgere funzioni diverse da quelle meramente distributive [65]. Tutte vedute che, sia pure in forma implicita, costituiranno altrettanti sbarramenti verso ogni linea tendente a dar risalto ai moventi e agli scopi dell'autore.

6. Ed anche allora resterà immutata, seppur di rado vi si insiste espressamente, la posizione intorno a un ultimo motivo, da cui gli autori sono indotti a raddoppiare le difese del principio dell'equivalenza.

Si osserva infatti come il dato contrastante — nell'ammissione di una responsabilità per dolo — con le esigenze di tutela della vittima, non stia soltanto nella considerazione che, se il danno è stato frutto di imprudenza, non è possibile ottenerne poi il ristoro; ma anche nel fatto che il soggetto leso, sopra il quale come sempre incombe l'onere di dimostrare l'altrui colpevolezza, viene a trovarsi sul piano processuale in condizioni assai peggiori del consueto [66].

La prova della colpa, si rileva, non è mai troppo difficile da offrire [67], poiché ottenibile dal semplice confronto tra la sequenza che

[63] Sin d'ora, DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 204; o, ancora, RODOTÀ, *op. cit.,* p. 108 ss.

[64] MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »,* cit., p. 60 (dell'estratto), nota 52. E comunque *infra,* Cap. XI, n. 12.

[65] TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 450. Ma anche su questo punto si avrà occasione di tornare più avanti.

[66] Sul confronto, in generale, DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 456. E si veda GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* cit., pp. 20-21.

[67] LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 547, p. 443; RABEL, *Le vicende del codice civile tedesco,* II, cit., p. 468; HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 565 ss.; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 335; MOLITOR, *Besonderer Teil,* cit., p. 188; DIAS, *op. ult. cit.,* p. 365 ss.

ha portato alla lesione e quella che si sarebbe realizzata se, ad operare al posto dell'agente, vi fosse stato il buon padre di famiglia [68]: momenti entrambi di agevole risalto, il primo perché limitato alla ricostruzione dei fatti all'origine della causa, così come essi si son svolti esteriormente, il secondo perché basato unicamente sulla verità di alcune massime di esperienza, sulla lezione dell'*id quod plerumque accidit* [69].

Ben diversi gli ostacoli e le incognite cui si va incontro per provare il dolo [70]. Resta qui ancora il primo punto del giudizio, sul materiale svolgersi dei fatti, mentre scompare quello del confronto con le norme di un'astratta diligenza [71]; ma a rimpiazzarlo è l'impegno assai più arduo, e interamente gravante sull'attore, di dimostrare che quel certo danno il convenuto l'ha arrecato di proposito: di offrir la prova cioè di un elemento che, oltre a toccare un soggetto già diverso [72], è un dato proprio del mondo dello spirito, e dunque

[68] Si vedano HOLMES, *Il diritto comune,* cit., p. 198; KRASNOPOLSKI, *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., p. 215; TERRY, *Negligence,* cit., p. 40; SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 14; BOHLEN, *Voluntary assumption of risk,* in *Harv. law rev.,* 1907-08, p. 14 ss., 17; MORRIS, *Custom and negligence,* in *Col. law rev.,* 1942, p. 1147 ss., 1153 s.; ID., *Proof of negligence,* in *Northwestern Un. law rev.,* 1953, p. 817 ss.; CHARLESWORTH, *On negligence,* cit., p. 34 ss.; HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques,* cit., p. 40; PUECH, *L'illiceité,* cit., p. 73.

[69] GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 157; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 330.

[70] GAUDEMET, *Théorie générale,* cit., p. 319; TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 534, nota 2; HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 900; BRANCA, *Istituzioni,* cit., p. 581; AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsrechte,* cit., p. 1; LAWSON, *Negligence in the civil law,* cit., p. 17; LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 229; RUMMEL, *Ersatzansprüche bei summierten Immissionen,* Wien, 1969, p. 91.

[71] STARCK, *Essai d'une théorie générale,* cit., pp. 83-84; RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 182.

[72] « ... No single factor has been more instrumental in discouraging actions for malicious prosecution than placing the bourden on the plaintiff of proving that the defendant had no reasonable or probable cause for prosecuting him, rather than calling the latter to clear himself in a situation where he would obviously be the one to know much better what motivated him » (così FLEMING, *An introduction,* cit., p. 151).

Sulla difficoltà di prova come causa del rifiuto da parte dei tribunali francesi di ammettere, per lungo tempo, una sanzione per la dolosa omissione di informazioni durante le trattative precontrattuali, H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,*

privo per lo stesso suo carattere di ogni evidenza e di ogni forma esterna [73].

Certo, anche i fatti di natura psicologica non mancano di mezzi per esprimersi, e per farsi esteriormente riconoscere; ed è pur vero che la prova del dolo può venire data con qualsiasi strumento, tra quelli vari ammessi dal diritto, senza limiti o esclusioni per l'attore [74]; ma si tratta di garanzie solo apparenti, insufficienti ad assicurare il risultato per un numero abbastanza alto di occasioni [75]. Mentre la

---

I, cit., n. 501, p. 586; e, ultimamente, Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1974, p. 70.

[73] BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, p. 559; DESSERTAUX, *Abus de droit et conflits des droits*, cit., p. 121; COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 148; BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 341, testo e nota 8; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 696; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, cit., p. 364, nota 1; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 66. Sottolinea « l'impossibilité quasi-absolue de scruter le for intérieur de l'homme », DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 285; di « difficultés presque insurmontables » parla DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, V, cit., p. 551. In senso analogo, DE HARVEN, *Des conventions tendant à libérer de responsabilité*, in *Rev. droit belge*, 1928, p. 219 s.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 304; REHFELDT, *Einführung*, cit., p. 222; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., .p 90; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 364; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 70 (« That proof of such a guilty state of mind presents a formidable problem in practice... ») e p. 194 (« ... almost insurmontable hurdles of proving... »). Ma già FADDA e BENSA, *Note* a Windscheid, Pandette, IV, cit., p. 700. Così, d'altra parte, *Basely* v. *Clarkson*, 1681, citata da PROSSER, *Handbook of the law of torts*, cit., p. 21, nota 56 (« Upon this the plaintiff demurred and had judgment, for it appears that the fact was voluntary, and his intention and knowledge are not traversable: *they cannot be known* »); e, ancora, J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, cit, p. 771; DILLARD e H. HART, *Product liability: directions for use and the duty to warn*, in *Virg. law rev.*, 1955, p. 145 ss., 156 ss.; Hans STOLL, *Schadensersatz und Strafe*, cit., p. 573; COLYER, *A modern view*, cit., pp. 33-34 (« Rarely does the defendant admit he was in fault... secret thoughts are immaterial »); ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 44.

[74] POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 388; JOSSERAND, *Les mobiles*, cit., p. 205; N. STOLFI, *Le obbligazioni*, cit., p. 310; GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, cit., p. 25.

[75] LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 462, p. 373; BRETHE, *Note* a Cass. req., 24 nov. 1924, in *Sirey*, 1925, I, p. 217; P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 326; WALTON, *Motive as an element in torts*, cit., p. 501; ID., *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 61; BOUILLENNE, *La responsabilité civile*, cit., p. 177 e p. 181 (« Le dédale des intentions est véritablement trop touffu et même

colpa lascia immaginare il realizzarsi di una corrispondenza assai alta, percentualmente, tra la realtà effettiva e quella fatta emergere nel processo, preannunciando una vittoria frequente del diritto, con l'altro criterio quello scarto rischia invece di diventare assai profondo, e la sconfitta del diritto ricorrente [76]; oltre dunque al sacrificio di partenza per la vittima del danneggiamento imprudente, anche la minaccia di veder frustrata la possibilità del risarcimento nei pur ristretti limiti promessi [77].

---

inextricable pour qu'on puisse oser s'y aventurer dans la recherche du fondement de la responsabilité »); HALL, *op. ult. cit.*, p. 985; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 563 ss., 594; BLEY, *Schadensersatz im Zivilrecht*, cit., p. 146, nota 214; GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 116; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, cit., p. 1021.

Sulle ulteriori difficoltà provocate dall'impossibilità di ammettere una presunzione di dolo, più o meno esplicitamente, TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 166; MERLIN, *Dizionario universale ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni del diritto*, trad. it. di F. Carillo, Venezia, IV, 1836, voce « *Delitto* »; NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 184; VOET, *Pandette*, I, cit., p. 690; DALLOZ, *Répertoire*, cit., XXXIX, p. 336, n. 216 e nota 1; WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 593; DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, cit., p. 162; e, di recente, BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 836; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 122, nota 15; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 312; Note, New York Times Co. *v.* Sullivan - *The scope of a privilege*, in *Virg. law rev.*, 1965, p. 106 ss., 117. Sulla necessità che, anche là dove l'onere di prova della colpa è invertito, sia la vittima a dimostrare il dolo su cui si fonda l'eventuale pretesa ad un maggior risarcimento, v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts*, cit., p. 36. Sul pericolo che la prova del dolo finisca invece per doversi svolgere sul terreno delle presunzioni, caricando il convenuto di un peso che troppo raramente potrebbe esser rimosso, BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, VI, cit., p. 341. Sul rischio che si giunga spesso ad « admettre l'intention de nuire, dès qu'il existe un intérêt à nuire à autrui », HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 129; stessa preoccupazione in GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, cit., p. 97.

[76] La conseguenza è allora che il danneggiato « fatto dubbioso ed incerto, abbandona il proprio diritto » e tutto il « dibattimento civile diventa un gioco, in cui i furfanti s'arrischiano più volentieri degli onesti, perché non avendo nulla perduto non hanno che da guadagnare » (VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 112).

[77] Simone DAVID, *Risque professionnel et responsabilité civile*, cit., p. 239. Di qui anche la maggior energia con cui — rispetto a quanto già fanno per il § 826 BGB — gli scrittori francesi sogliono criticare la formula adottata dal legislatore tedesco nel § 226 BGB: ad esempio, SALEILLES, *L'obligation*,

cit., pp. 370-371, nota 1; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 285 (« Mais alors le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs; le côté psychologique devient dominant. Il est à craindre que la législation civile n'entreprenne là une oeuvre au-dessus de ses forces »); JOSSERAND, *De l'esprit des droits,* cit., p. 290; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 282.

CAPITOLO OTTAVO

CLAUSOLA GENERALE DI RESPONSABILITA' E COSTRUZIONI SCOLASTICHE

SOMMARIO. 1. Insufficienza delle spiegazioni tradizionali. - 2. Clandestinità e oscurità degli illeciti di dolo. Raffronto con i sistemi svizzero, tedesco, austriaco e con la *common law.* - 3. L'equiparazione della colpa grave al dolo. - 4. Figure per le quali si è negata l'ammissibilità dell'azione di danni. - 5. Altre ipotesi. - 6. Discordanze nell'atteggiamento verso il dolo e contrasti in altri settori della responsabilità: ricerca di una spiegazione comune. - 7. Complessità dell'istituto aquiliano e tecniche di regolamentazione. - 8. L'ambiente franco-italiano: rivoluzione industriale, moltiplicarsi dei danni e spinte all'introduzione di un modello schematico di illecito.

1. Esaminate le obiezioni che gli interpreti sogliono muovere all'idea di una rilevanza autonoma della malizia — e sono critiche che, in termini assai simili, ritornano nel *quantum debeatur* — potrà sembrare che sia anche stato assolto ogni compito propostoci all'inizio: che ormai cioè sia stata fatta piena luce circa i motivi per i quali si propugna, nel campo dell'illecito aquiliano, una regola di parità fra colpa e dolo.

A ben riflettere, le cose stanno in termini diversi: ed è sufficiente rammentare quanto eravamo venuti già osservando in precedenza — sulla entità effettiva del rilievo che il dolo aspira a vedersi riconoscere [1] — per accorgersene abbastanza facilmente.

Basta infatti quel semplice richiamo perché, invece di dichiarare concluso il nostro esame, ci si debba al contrario domandare se siano proprio quelle appena viste le autentiche « ragioni » del principio; se sia cioè proprio vero che, muovendo dall'esigenza di garantire la massima protezione alla vittima del danno, non si possa poi che giungere per forza a un traguardo come quello, secondo cui *mai* il dolo potrebbe avere un risalto esclusivo.

S'intende perché la domanda vada posta adesso: in caso affer-

[1] *Retro,* Cap. IV, n. 2.